Die Bedeutung des Gefahrüberganges für die Ansprüche des Käufers einer mangelhaften Sache.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn.

Vorgelegt von

Referendar Bodo Beneke
aus Dannenberg a. d. Elbe

Marburg a. d. Lahn 1933.

Druck: Franz Wessel, Buchdruckerei und Verlag, Berlin NO 18

Meinem lieben Corpsbruder und Förderer

Herrn Apothekenbesitzer Rudolf Rohn

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0040

Die Bedeutung des Gefahrüberganges für die Ansprüche des Käufers einer mangelhaften Sache.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn.

Vorgelegt von

Referendar Bodo Beneke
aus Dannenberg a. d. Elbe

Marburg a. d. Lahn 1933.

Druck: Franz Wessel, Buchdruckerei und Verlag, Berlin NO 18

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 24. I. 1933.

Referent: Prof. Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum:

Adler	in Grünhut's Zeitschrift 1912, Bd. 39.
Blume,	Ihering's Jahrbücher, Bd. 55.
Blume,	im „Recht", 07, Seite 351.
Cosack,	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 7. Aufl., 1922.
Crome,	System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.
Danz	in Ihering's Jahrbüchern Bd. 46, Seite 466-473.
Dernburg	Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reiches und Preußens II, 3. Aufl., 1906.
Dernburg	Das bürgerliche Recht, 1915.
Dernburg	Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1906.
Dernburg-Raape,	Das bürgerliche Recht, 4. Aufl., 1915.
Düringer-Hachenburg	Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 1913.
Düringer-Hachenburg-Werner,	Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 1932, 4. Bd.
Eccius	in Gruchot's Beiträgen, Bd. 43.
Endemann,	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 9. Aufl., 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff,	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I 1, 30.-34. Aufl., 1928. I 2, 28.-29. Aufl., 1928.
Fischer,	Ihering's Jahrbücher, Bd. 51.
Fischer-Henle,	Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., 1927.
Gierke, O. von,	Deutsches Privatrecht, 1917.
Haymann, F.,	Anfechtung, Sachmängel und Vertragserfüllung beim Kauf.

Julius,	Erlanger Dissertation, 1907.
Jung, E.,	Bürgerliches Recht in „Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung", herausgegeben von R. Stammler, Teil IV.
Kiehl,	Jur. Woch., 1914, Nr. 10, Seite 500.
Kisch,	Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das deutsche Reich.
Knoke,	in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1927, Seite 897.
Kommentar	von RGR. II 2, 6. Aufl., 1928, 7. Aufl., 1929.
Krückmann,	Archiv für civ. Praxis, Bd. 101.
Krückmann	in Leipziger Zeitschrift, 1915, Nr. 23, Seite 1563.
Küntzel	in Gruchot's Beiträgen, Bd. 46.
Leonhard, Fr.,	Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.
Leonhard, R.,	Allgemeiner Teil des BGB., 1900.
Oertmann,	Kommentar zum BGB., 5. Aufl., 1928.
Oertmann,	in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 76.
Planck,	Kommentar II 2, 1928.
Schmidt, R.	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915.
Schollmeyer,	in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 49.
Schultze,	Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 30.
Schwaiger,	in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 1909, Seite 325.
Staudinger,	Kommentar zum BGB. II 2, 9. Aufl., 1928.
Süß,	Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachen.
Titze,	Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht.
Warneyer,	Kommentar zum BGB. I, 2. Aufl., 1930.
Windscheid-Kipp,	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.
Wolff,	in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 57

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht.

§ 1. Kurze Darstellung der Gewährleistungsansprüche 3

§ 2. Abgrenzung der Begriffe 6

II. Maßgebender Zeitpunkt der Entstehung der Gewährleistungsansprüche.

§ 3. Entwicklung der Lehre in Rechtsprechung und Literatur . . 16

§ 4. Fortsetzung 19

III. Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums und Betruges.

§ 5 Fehlerfreiheit im Sinne des § 459 BGB. und wesentliche Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. 23

a) Abgrenzung der Begriffe.

b) Mögliche Fälle der Konkurrenz der §§ 119 Abs. 2 BGB. und 459 ff. BGB.?

§ 6. Die Anfechtung wegen Betruges 29

IV. Die Anwendung des allgemeinen Teiles des Rechtes der Schuldverhältnisse.

§ 7. Fehler, die schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden sind 31

§ 8. Fehler, die nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergang entstanden sind 32

§ 9. Der Ausschluß der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts durch die §§ 459 ff. BGB. als lex spezialis 38

§ 10. Nach dem Gefahrübergang entstandene Mängel 46

§ 11. Konkurrenz sonstiger Rechtsbehelfe mit den Vorschriften des Kaufrechts 47

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit soll keine umfassende Darstellung der Streitfragen aus dem Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches geben; vielmehr ist der Zweck dieser Schrift, zu den Problemen Stellung zu nehmen, die sich aus den verschiedenartigen Auffassungen über die Bedeutung des Gefahrüberganges und den Zeitpunkt der Entstehung der Rechtsbehelfe des Käufers einer mangelhaften Sache ergeben.

Es können im Rahmen dieser Arbeit naturgemäß andere wichtige Streitfragen, wie z. B. die Frage der Bedeutung der „zugesicherten Eigenschaften" in den §§ 459 Abs. 2 BGB. und 463 BGB. in Verbindung mit der Frage des Umfanges der Haftung des Verkäufers einer mangelhaften Sache nur beiläufig gestreift werden.

Es ergeben sich aus dem Thema vier Hauptprobleme:

Im Abschnitt I der vorliegenden Arbeit wird eine Abgrenzung der Begriffe **Gewährleistungspflicht** und **Erfüllungspflicht** gegeben, außerdem eine systematische Aufzählung der Gewährleistungsansprüche, die dem Käufer gegebenenfalls nach den Vorschriften des Kaufrechts zustehen.

Der Abschnitt II bringt die Untersuchung der Frage, wann die Gewährleistungsansprüche entstehen.

Von vielen wird die auch vom Reichsgericht[1]) gebilligte Meinung vertreten, daß **vor der Uebergabe** der Kaufsache (§ 446 BGB.) die Anfechtungsvorschriften des § 119 BGB. zur Anwendung kämen, da regelmäßig jeder erhebliche Sachmangel auch eine **wesentliche Eigenschaft** im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. sei. Nach dem Gefahrübergang gehen aber nach diesen die Gewährleistungsvorschriften als lex spezialis den Vorschriften des § 119 Abs. 2 BGB. vor, und die Anfechtungsvorschriften werden somit grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz durch die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB., soweit diese reichen, zurückgedrängt. Es

[1]) RG. Bd. 53, S. 73; RG. Bd. 70, S. 429; RG. Bd. 96, S. 156; RG. Bd. 135, S. 339.

ergibt sich also hieraus die Notwendigkeit, daß im folgenden III. Abschnitt die Frage nach der Konkurrenzmöglichkeit der Gewährleistungsansprüche mit den Anfechtungsvorschriften wegen Irrtums (§ 119 Abs. 2 BGB.) und arglistiger Täuschung (§ 123 BGB.) geprüft wird.

Im IV. Abschnitt wird die Frage erörtert, ob die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts neben den Gewährleistungsvorschriften Anwendung finden; denn auch für diese Frage ist für viele der Zeitpunkt des Gefahrüberganges von größter Bedeutung, da nach diesen **vor der Uebergabe** der Kaufsache lediglich die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts zur Anwendung kommen.

Neben der Entwicklung der Probleme, die sich aus der verschiedenartigen Auffassung über die Bedeutung des Gefahrüberganges ergeben, ist in der vorliegenden Arbeit besonderer Wert darauf gelegt worden, eine Uebersicht über die Stellungnahme in Schrifttum und Rechtsprechung zu diesen Streitfragen zu geben. Verfasser ist hierbei von dem Grundgedanken ausgegangen, daß nur eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung zur Klärung der in dieser Arbeit behandelten Streitpunkte beitragen kann.

Die weittragende Bedeutung dieser Problemstellung mag es daher rechtfertigen, wenn die vorliegende Arbeit die auf diesem Gebiete schon zahlreich vorhandenen Abhandlungen noch um eine vermehrt.

I.

Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht.

§ 1

Kurze Darstellung der Gewährleistungsansprüche.

Bevor auf das eigentliche Problem dieses Abschnittes eingegangen wird, soll der Vollständigkeit halber, ohne aber etwaige Streitfragen zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zu berücksichtigen, eine kurze Uebersicht der Rechtsbehelfe gegeben werden, welche die Vorschriften des Kaufrechts dem Käufer einer mangelhaften Sache gewähren.

Der Käufer einer mangelhaften Sache kann wegen eines der in den §§ 459, 460 BGB. bezeichneten Mängel Wandlung oder Minderung verlangen, d. h. entweder Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder Herabsetzung des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises (§ 462 BGB.).

Dieser Anspruch wird durch das Wandlungs- bezw. Minderungsbegehren des geschädigten Käufers verwirklicht, wenn sich der Verkäufer gemäß § 465 BGB. mit dem vom Käufer verlangten Rechtsbehelf einverstanden erklärt.

Es würde zu weit führen, wenn im Rahmen der vorliegenden Arbeit eingehend zu der Streitfrage Stellung genommen werden würde, als was sich das Recht auf Wandlung oder Minderung darstellt.

Es sei hier nur auf die verschiedenartige Beurteilung dieser Frage hingewiesen:

Nach der Vertragstheorie[1]) stellen sich die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung als Ansprüche auf den Ab-

[1]) Dernburg-Raape II, § 185 IV, S. 81 ff.

schluß eines Wandelungs- bezw. Minderungsvertrages dar; nach dieser Auffassung handelt es sich also lediglich um eine vertragsmäßige Wiederaufhebung nur des obligatorischen Kaufvertrages (Wandelung) bezw. um eine lediglich rechnerische Herabsetzung des Kaufpreises[1]) (Minderung).

Nach der Herstellungstheorie[2]) gehen diese Ansprüche auf Beseitigung aller Folgen, d. h. auf Rückzahlung des schon gezahlten Kaufgeldes gegen Rückgabe der Kaufsache (Wandelung), bezw. bei der Minderung auf teilweise Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises oder teilweisen Erlaß der Kaufpreisschuld (praktische Herabsetzung).

Die letztere Auffassung wird aus praktischen Gründen vorzuziehen sein, zumal auch diese Lehre dem Inhalt des Gesetzes entspricht:

§ 462 BGB. schreibt vor, daß der Wandelungs- und Minderungsanspruch auf Rückgängigmachung des Kaufes bezw. auf Herabsetzung des Kaufpreises geht. Diese allgemeine Fassung des Gesetzes spricht für die Herstellungstheorie. § 465 BGB. setzt nur den Zeitpunkt fest, in welchem der Käufer das ius variandi verliert. Hat der Verkäufer dem Minderungsbegehren des Käufers zugestimmt, so kann dieser wegen desselben Mangels nicht mehr die Wandelung wählen, und der Verkäufer kann nach seiner Zustimmung nicht mehr die sachliche Begründetheit der vom Käufer verlangten Preisminderung bestreiten[3])

Außerdem hat der Käufer gemäß § 463 BGB. neben dem Wandelungs- und Minderungsanspruch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache in Kenntnis des Mangels an, so stehen ihm die Rechtsbehelfe aus den §§ 462, 463 BGB. nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehält (§ 464 BGB.).

Hat der Käufer schon wegen eines Mangels die Minderung verlangt, so kann er gemäß § 475 BGB. nur wegen eines **anderen** Mangels an derselben Sache noch einmal Minderung oder auch Wandelung verlangen.

Bei Gattungssachen steht dem Käufer neben dem Wandelungs- und Minderungsanspruch das Recht zu, anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen (§ 480 Abs. 1 BGB.).

Fehlt aber der Gattungssache zur Zeit des Gefahrüberganges eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der

[1]) Oertmann zu § 465 ld, S. 616. Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 509.
[2]) Enneccerus a.a.O., I 2, § 333 I 2, S. 343.
Erich Jung a.a.O., § 190, S. 873/874
[3]) Fischer-Henle Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 1927 zu § 465, Anm. 2, S. 365. E. Jung a.a.O., § 190, S. 874.

Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so steht dem Käufer neben dem Wandelungs- oder Minderungsanspruch und dem Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache das Recht zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 480 Abs. 2 BGB.).

§ 467 BGB. verweist bei der Wandelung auf die Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage (§§ 346—348, 350—354, 356); diese Bestimmung schließt im Gegensatz zu § 352 BGB. die Wandelungsberechtigung nicht aus, wenn die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet wurde, vorausgesetzt, daß sich der Mangel erst bei oder[1]) nach der Umgestaltung der Sache gezeigt hat.

§ 468 BGB. gibt eine Sondervorschrift bei Grundstückskäufen:

Der Käufer kann wegen Mangels einer zugesicherten Größe des Grundstückes Wandelung nur dann verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat.

Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn für alle Sachen ein Gesamtpreis vereinbart wurde.

Können die Sachen, die als zusammengehörend verkauft wurden, d. h. wenn ihre Anschaffung nicht gewollt wäre, wenn auch nur eine mangelhaft ist, nicht ohne Nachteil für einen Vertragsteil von der mangelhaften Sache getrennt werden, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird (§ 469 BGB.).

Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache; ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden (§ 470 BGB.).

Werden mehrere Sachen zu einem Gesamtpreis verkauft, und findet die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist nach der Vorschrift des § 471 BGB. eine verhältnismäßige Herabsetzung des Gesamtpreises vorzunehmen.

§ 472 BGB. bespricht die Minderung im allgemeinen; § 473 BGB. schreibt die Art der Minderung bei nicht vertretbarem Kaufpreise vor.

§ 474 Abs. 1 BGB. billigt bei Mehrheit von Beteiligten von jedem und gegen jeden die Minderung zu; die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn einer der Käufer die Minderung vollzogen hat (§ 474 Abs. 2 BGB.).

Wird dem Verkäufer durch Vereinbarung die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen

[1]) Fischer-Henle a.a.O., zu § 467, Anm. 2.

oder beschränkt, so ist diese Vereinbarung gemäß § 476 BGB. nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

Die §§ 477—479 BGB. enthalten die Verjährungsvorschriften.

§ 2.

Abgrenzung der Begriffe.

Wie im § 9 der vorliegenden Arbeit näher ausgeführt wird, lehrt Dernburg[1]), daß, solange der Verkäufer die Kaufsache noch nicht übergeben und, wenn es sich um Grundstücke handelt, diese auch aufgelassen habe, der Käufer im Falle von Mängeln derselben ihre Entgegennahme verweigern könne, weil ein solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes sei.

Nach Dernburg's Ansicht genügt also der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht nicht, wenn er eine schadhafte, vom Käufer als solche nicht anerkannte und gewollte Sache anbietet.

Diese Lehre ergibt sich aus der fehlenden Unterscheidung von Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht und ist m. E. abzulehnen.

Da im § 9 der vorliegenden Arbeit die Frage behandelt wird, ob die Anwendung des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse neben den Vorschriften des Kaufrechtes Anwendung finden, und auch im Rahmen desselben Abschnittes die oben angegebene Lehre Dernburgs eingehender behandelt werden wird, ist es notwendig, vorerst einmal auf den tatsächlich bestehenden Unterschied zwischen Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht einzugehen, da die Unterscheidung dieser beiden Begriffe für die Beurteilung der in dieser Abhandlung zu behandelnden Streitfragen von ausschlaggebender Bedeutung ist.

I.

Die Erfüllungspflicht entsteht mit dem Kaufabschluß. Sie ist die Verpflichtung des Schuldners, eine geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken[2]), oder besser die Verpflichtung, einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen[3]).

---

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1915, II 2, § 185 I, S. 77; anders Dernburg-Raape, S. 76 Note 4; vgl. auch Düringer-Hachenburg HGB. 2. Aufl., 1913, Bd. III, S. 94 ff.

[2]) Schollmeyer in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 49, S. 93.

[3]) Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachen, S. 19.

II.

Im Gegensatz zur Erfüllungspflicht steht die Gewährleistungspflicht[1]).

Der Verkäufer kann seiner Verpflichtung, die geschuldete Leistung zu erfüllen, nachgekommen sein; trotzdem besteht für ihn weiter die Pflicht, für diese vertragsmäßig geschuldete Leistung während der vom Gesetz vorgeschriebenen Zeit außerdem dafür einzustehen, daß die Sache nicht mit Mängeln behaftet ist.

Die Gewährleistungspflicht definiert Schollmeyer[2]) „allgemein gefaßt als die Verpflichtung für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen".

Besser und klarer erscheint die Definition von Süß[3]), die deutlich den Unterschied von Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht herausstellt:

„Die Gewährleistungspflicht geht im Gegensatz zur Erfüllungspflicht n i c h t darauf, einen vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen, sondern für einen Zustand einzustehen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet ist, also Rechtsnachteile, eventuell Leistungen zu übernehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu verschaffen."

III.

Aus diesen Begriffsbestimmungen geht hervor, daß der Verkäufer ordentlich erfüllt, auch wenn er eine fehlerhafte Sache liefert, vorausgesetzt, daß der Fehler schon z u r Z e i t d e s V e r t r a g s s c h l u s s e s vorhanden war; denn gerade diese Sache wurde ja geschuldet, nur hierauf erstreckt sich die Leistungspflicht des Schuldners.

Die geschuldete Leistung ist weder unmöglich, noch kommt der Verkäufer in Verzug, wenn er die Kaufsache nicht ohne den schon bei Vertragsschluß vorhandenen Mangel liefern kann.

Verweigert der Käufer dennoch die Annahme der fehlerhaften Sache, würde er sich der Gefahr aussetzen, in Annahmeverzug zu kommen[4]).

Die Folgen des Annahmeverzuges werden jedoch durch die dem Käufer schon vor dem Gefahrübergang zustehende Wan-

---

1) anders Komm. d. RGR., 6. Aufl. 1928. Bd. II 2 zu § 459, Note 2, S. 59. „An sich sind Gewährleistungspflicht und Leistungspflicht zu unterscheiden. Aber die Leistungspflicht ist Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht. Die Verpflichtung des Verkäufers geht nicht bloß auf die körperliche Übergabe der bestimmten Sache, sondern auf Lieferung dieser Sache als einer mangelfreien oder einer solchen Sache, die die zugesicherten Eigenschaften hat."

2) Schollmeyer in Ihering's Jahrbüchern Bd. 49, S. 94.

3) Süß a.a.O. S. 19.

4) Knoke in Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft 1927. S. 897, VIII 6. Krückmann in Leipziger Zeitschrift, 1915, Nr. 23, S. 1563.

delungseinrede — vorausgesetzt, daß der Mangel den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entpricht — aufgehoben[1]).

Der Fehler in Dernburg's Lehre liegt eben in der mangelnden Unterscheidung von Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht, wenn er im oben angegebenen Beispiel dem Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache das Annahmeverweigerungsrecht wegen nicht gehöriger Erfüllung gibt.

Aus diesem Grunde ist auch der Entscheidung des Reichsgerichts[2]) nicht beizustimmen, wenn dort angenommen wird, daß ein nach § 306 BGB. nichtiger Vertrag vorliege, wenn der Kaufsache zur Zeit des Vertragsschlusses eine Eigenschaft fehle, die man gemäß § 459 Abs. 1 BGB. voraussetzte bezw. die nach § 459 Abs. 2 BGB. zugesichert wurde, da, so folgert das Reichsgericht, von vornherein feststehe, daß die Lieferung einer vertragsmäßigen Kaufsache unmöglich sei.

IV.

Aendert sich aber an diesem Ergebnis etwas, wenn die Sache, die zur Zeit des Vertragsschlusses fehlerlos war, in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang fehlerhaft wird?

Es sei noch einmal festgestellt, daß sich die Leistungspflicht des Verkäufers lediglich auf die Sache erstreckt, wie sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses darstellt, auch wenn die Sache zu dieser Zeit mit einem Fehler behaftet ist. Es ist also keine Idealsache, so wie sie sich der Käufer vorgestellt hatte, zu liefern.

Verlangt man aber ganz allgemein, daß eine Sache Gegenstand der Erfüllungspflicht ist, so wie sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses darstellt, also auch für den Fall, daß ein Fehler nach dem Vertragsschluß entstanden ist, so fordert man hier demnach die Leistung einer Idealsache, während im obigen Falle, wo der Fehler bereits beim Vertragsschluß besteht, eben diese fehlerhafte Sache zu liefern ist.

Süß[3]) wendet gegen dieses Ergebnis ein, „warum es im ersten Falle logisch unmöglich sei, bei Speziessachen[4]) eine Idealsache zu fordern, während es im zweiten Falle logisch nicht nur möglich, sondern notwendig konsequent sei, sei keineswegs einzusehen"; in jedem Falle komme es lediglich auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges an; dieser sei in beiden Fällen maßgebend, es werde eben eine Leistung geschuldet, so wie sie überhaupt bis zum Gefahrübergange sei.

---

[1]) vgl. § 4 der vorliegenden Arbeit.

[2]) RG. in Warneyer, 1918, Nr. 185; RGR. Komm., Bd. II, zu § 459, Note 6 Bb, S. 68.

[3]) a.a.O. S. 226.

[4]) Die verschiedene Behandlung der Spezies- und Gattungssachen wird weiter unten erörtert werden.

Süß verkennt auch nicht, daß ein Bedürfnis besteht, den Verkäufer, der Veränderungen der Sache zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang verschuldet, für den Schaden haften zu lassen.

Grund der Haftung ist nach Süß aber nicht die Nichterfüllung einer Leistungspflicht, sondern entweder eine Haftung wegen unerlaubter Handlung oder gegebenenfalls wegen Verletzung einer anderen Vertragspflicht (Obhuts- oder Sorgfaltspflicht).

Diese Auffassung ist aus folgenden Gründen nicht zu billigen:

Gemäß § 433 BGB. wird der Verkäufer einer Sache durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und diesem das Eigentum an der Sache zu verschaffen.

Diese Leistungspflicht ist nach § 243 BGB. so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Hieraus erhellt, daß zu der Leistungspflicht eine ordnungsmäßige Verwahrung und Behandlung der Kaufsache bis zum Gefahrübergang gehört. Verletzt der Verkäufer diese Pflicht und kann er dadurch die Kaufsache nicht so liefern, wie sie sich bei Vertragsschluß darstellte, so genügt er seiner Erfüllungspflicht nicht; denn diese verlangt von dem Verkäufer die Lieferung der Ware mit den Eigenschaften, die sie beim Vertragsschluß hatte.

Das Ergebnis ist hier also ein anderes als in dem Falle, wo der in Betracht kommende Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestand:

Der Verkäufer erfüllt nicht ordnungsgemäß, wenn er eine Kaufsache liefert, die in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang mangelhaft wurde. Es handelt sich hier also um einen Erfüllungsanspruch des Käufers. Ob diesem daneben noch ein Anspruch auf Gewährleistung zustehen kann, ist in einem späteren Abschnitt zu prüfen.

V.

Genügt der Verkäufer aber seiner Erfüllungspflicht, falls er eine Eigenschaft zugesichert hat, die Kaufsache aber ohne die zugesicherte Eigenschaft liefert?

a) Es soll hier nicht auf die äußerst bestrittene Frage eingegangen werden, ob man dem Begriff Zusicherung in den §§ 459 Abs. 2 und 463 BGB. eine verschiedene Bedeutung beilegen kann. Nur soviel sei im Rahmen der vorliegenden Arbeit der Vollständigkeit halber gesagt: Meiner Ansicht nach entspricht es weder dem Bedürfnis, noch gibt das Gesetz irgend einen Anhalt dafür, den Begriff „Zusicherung" in beiden Gesetzesstellen (§§ 459 Abs. 2 und 463 BGB.) unterschiedlich zu behandeln. Man kann vielmehr aus dem Gesetz folgende Allgemeinregel herleiten:

Die Wandelungs- und Minderungsansprüche sind auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften gegeben; fehlen aber diese zugesicherten Eigenschaften schon zur Zeit des Kaufabschlusses, so kann man auch wahlweise Schadensersatz nach den Grundsätzen der Nichterfüllung bei Verträgen verlangen.

Diese Ansicht findet ihre Begründung in dem Wortlaut beider Gesetzesstellen:

§ 459 Abs. 2 BGB. spricht davon, daß der Verkäufer auch dafür einzustehen habe, daß die zugesicherte Eigenschaft noch zur Zeit des Gefahrüberganges besteht, während § 436 Satz 1 BGB. betont, daß der Verkäufer schärfer hafte, wenn die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsschlusses fehlt. Hier liegt m. E. der eigentliche Unterschied zwischen § 459 Abs. 2 BGB. und § 463 Satz 1 BGB. Das Gesetz will dem Käufer einen weitergehenden Anspruch dann zubilligen, wenn die zugesicherte Eigenschaft beim Vertragsschluß überhaupt nicht bestanden hat und zur Zeit des Gefahrüberganges nicht bezw. noch nicht vorhanden ist[1]).

Diese m. E. berechtigte Regelung findet ihren Grund darin, daß der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit den Verkäufer veranlassen will, sich beim Vertragsschluß darüber Gewißheit zu verschaffen, ob seine Zusicherung mit der tatsächlich vorhandenen Eigenschaft der Kaufsache übereinstimmt, und hat darüber hinaus die Bedeutung, dem Käufer, der beim Vertragsschluß durch die Zusicherung des Verkäufers über eine Eigenschaft der Kaufsache zum Kauf veranlaßt worden ist, ausreichenden Schutz zu gewähren.

Diese weitergehende Haftung tritt aber nicht deswegen ein, weil das Gesetz in dem Verhalten des Verkäufers ein Verschulden sieht, sondern weil dieser durch die Zusicherung etwas übernommen hat, was sonst regelmäßig, ohne eine solche, den Käufer belastet.

b) Fehlt nun einer Sache die zugesicherte Eigenschaft, gleichviel, ob es sich um § 459 Abs. 2 BGB. oder um § 463 Satz 1 BGB. handelt, oder ist die Kaufsache mit einem vom Verkäufer arglistig verschwiegenen Fehler behaftet[2]), so genügt der Verkäufer dennoch seiner Erfüllungspflicht, wenn er die gekaufte Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft[3]) bezw. mit

[1]) Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 331 II 2b, S. 339. Adler in Grünhut's Zeischrift, 1912, 39. Bd., S. 532.

[2]) So auch Schollmeyer in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 49, S. 98, Anm. 2: Der arglistig verschwiegene Fehler wird behandelt, wie wenn seine Anwesenheit zugesichert wäre.

[3]) Oertmann a.a.O., 5. Aufl. 1928—29, 2c zu § 459 BGB.: „Eine Verschaffungspflicht (Erfüllungspflicht) dürfte aber selbst die Zusicherung nicht begründen."

dem arglistig verschwiegenen Fehler liefern will[1, 2]), denn auch in diesem Falle handelt es sich bei der Zusicherung nicht um ein Versprechen, die Kaufsache mit der zugesicherten Eigenschaft verschaffen zu wollen, sondern wie Schollmeyer[3]) richtig ausführt, um die Uebernahme einer Garantie[4]) für ihr Vorhandensein zur Zeit des Gefahrüberganges[5]).

Es handelt sich demnach auch hier um reine Gewährleistungsansprüche[6]).

Von einem Erfüllungsanspruch kann vielmehr nur dann die Rede sein, wenn der Schadensersatzanspruch in der Beseitigung des Fehlers oder in der Verschaffung der zugesicherten Eigenschaften läge. Der Anspruch aus § 463 BGB. umfaßt aber nur das **Interesse** an dem Nichtvorhandensein des Fehlers bezw. an der Anwesenheit der zugesicherten Eigenschaften; denn gemäß § 249 BGB. hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand (Arglist oder Zusicherung) nicht eingetreten wäre. Es ist daher durchaus folgerichtig, wenn Schollmeyer[7]) hierzu ausführt, daß der Zustand, welcher bestehen würde, wenn das arglistige Verschweigen oder die Zusicherung nicht stattgefunden hätten, keineswegs das Nichtvorhandensein des Fehlers oder die Anwesenheit der Eigenschaft sei.

Hieraus erhellt, daß man entgegen der Ansicht des Reichsgerichts[8]) dem Käufer nicht das Recht gewähren kann, eine Kaufsache, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, unter dem Vorwand zurückzuweisen, daß der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt habe, und denjenigen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, welcher sich für den Käufer aus der hierdurch regelmäßig bewirkten vollständigen Nichterfüllung des Vertrages ergibt.

VI.

Eine weitere Streitfrage bildet die Rechtsnatur des Nachlieferungsanspruches einer mangelfreien Ware.

Gemäß § 480 Abs. 1 kann der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandelung oder Minderung anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie verlangen.

Auch hier handelt es sich wieder um die gleiche Frage: Ist die Rechtsnatur dieses dem Käufer einer mangelhaften

1) Schollmeyer, Ihering's Jahrbücher, Bd. 49, S. 98.
2) anders Fischer-Henle, zu § 459 BGB., Anm. 9.
3) a.a.O. Bd. 49, S. 98.
4) anders Fischer-Henle, zu § 459, Anm. 9.
5) anders RG., Bd. 52, S. 355.
6) Warneyer Komm., Bd. I, 2. Aufl. 1930, zu § 463 BGB., S. 876.
7) Ihering's Jahrbücher, Bd. 49, S. 98, Anm. 1.
8) RG. Bd. 52, S. 355.

Sache zustehenden Anspruches ein Gewährschafts- oder ein Erfüllungsanspruch?

Schon im gemeinen Recht wurde diese Frage von Windscheid[1]) dahin entschieden, daß beim Gattungskauf die stillschweigende Vereinbarung angenommen werden müsse, daß die Gattungssache fehlerfrei zu liefern sei. Würde eine fehlerhafte Gattungssache geliefert, so hätte der Käufer das Recht, eine andere Sache bezw. Schadensersatz zu fordern. Hieraus und aus dem Wortlaut des § 480 Abs. 1 BGB. wird nun gefolgert[2]), daß sich der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache als Leistungsanspruch darstellt.

Gegen diese Auffassung wendet sich die Lehre, die auch beim Gattungskauf die Mängelfreiheit als Gegenstand der Gewährleistungspflicht ansieht[3]).

Dieser letzten Ansicht ist m. E. zu folgen.

§ 480 BGB. gibt dem Käufer neben dem Nachlieferungsanspruch ein Recht auf Wandelung und Minderung.

Wandelung und Minderung haben aber bei Gattungssachen begrifflich zur Voraussetzung, daß der Verkäufer das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche veranlaßt hat.

Gemäß § 243 Abs. 1 BGB. genügt der Verkäufer einer Gattungssache seiner Erfüllungspflicht, wenn er eine Sache mittlerer Art und Güte leistet, also keineswegs eine völlig fehlerfreie; denn es ist unzweifelhaft, daß eine Sache mittlerer Art und Güte fehlerhaft und somit Gegenstand von Gewährleistungsansprüchen sein kann.

Mit der Leistung oder dem vergeblichen Angebot der Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte hat der Verkäufer das zur Erfüllung des Schuldverhältnisses seinerseits Erforderliche getan, und die Konzentrierung auf die angebotene Sache ist eingetreten.

Nach dieser Konzentration kann der Käufer dieselben Rechte geltend machen, wie wenn er einen Spezieskauf abgeschlossen hätte, mit der weiteren Möglichkeit, Lieferung einer fehlerfreien Sache zu verlangen.

Dieser Nachlieferungsanspruch ist nach der ganzen Fassung des Gesetzes ein reines Mängelrecht: Er unterliegt der kurzen Verjährung des § 477 BGB. und entspricht in seinem Wesen dem Wandelungsanspruch, nur daß statt der Rückzahlung des Kaufpreises Nachlieferung einer mangelfreien Ware verlangt wird. Außerdem spricht die ausdrückliche Heranziehung der §§ 464 ff. im § 480 BGB. dagegen, den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch zu behandeln.

[1]) a.a.O. Bd. II. S. 693 ff.
[2]) RG. Bd. 53, S. 204; Süß a.a.O., S. 90 ff.
[3]) Schollmeyer a.a.O., S. 100 ff.; Fischer in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 51, S. 214; Endemann, 9. Aufl., 1903, Bd. 1 § 161, Nr. 5 S. 1000.

Es ist daher meiner Ansicht nach nicht richtig, wenn Süß[1]) anführt, daß § 480 BGB. diese Streitfrage offensichtlich zugunsten der Windscheid'schen Auffassung, nämlich daß die Mängelfreiheit beim Gattungskauf Gegenstand der Erfüllungspflicht sei[2]), entschieden habe.

Das Gegenteil ist der Fall, § 480 BGB. ist sowohl seinem Wesen als auch seinem Wortlaut nach ein reiner Gewährleistungsanspruch: Der Käufer kann **statt** der Wandelung oder Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

Es würde dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen, wenn man mit Süß[3]) annehmen würde, daß es § 480 BGB. in das Belieben des Käufers stelle, sich bei einer versuchten Konzentration zu beruhigen und die konzentrierte Sache als eine von Anfang an geschuldete Speziessache zu behandeln; nach Süß stehen dem Käufer nur in diesem Falle die Wandelungs- und Minderungsansprüche zu, während nach ihm die Geltendmachung des Nachlieferungsanspruches nichts anderes als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist[4]).

Diese Auffassung ist, wie schon oben betont wurde, unrichtig.

Man darf die Bedeutung des Wortes „statt" im § 480 BGB. nicht verkennen; denn dieses gibt m. E. eine klare und eindeutige Antwort auf die so heftig umstrittene Frage.

Richtig ist, daß eine Wandelung oder Minderung bei Gattungssachen erst nach erfolgter Konzentration erfolgen kann; denn diese ist begrifflich für die angeführten Rechtsbehelfe notwendig. Mit der Konzentration wird aber die geschuldete Genussache wie eine von Anfang an geschuldete Speziessache behandelt.

Vor erfolgter Konzentration besteht also nur der Erfüllungsanspruch auf Leistung der Sache aus der entsprechenden Gattung; denn gemäß § 279 BGB. besteht eine Gattungsschuld, solange die Leistung aus dieser Gattung objektiv möglich ist.

§ 480 Abs. 1 BGB. gibt aber statt des dem Käufer nach der Konzentration zustehenden Wandelungs- und Minderungsrechtes einen weiteren Gewährschaftsanspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Ware[5]).

Durch den klaren Wortlaut des § 480 BGB. und nicht zuletzt durch die Tatsache, daß für diesen Anspruch auch die kurzen Verjährungsvorschriften des § 477 BGB. gelten, wird m. E. die Auffassung derjenigen widerlegt, die in dem Nachliefe-

1) a.a.O. S. 90.
2) RG. Bd. 93, S. 100; RG. Bd. 96, S. 170; Fischer-Henle a.a.O. zu § 480, Anm. 3.
3) a.a.O. S. 91.
4) vgl. Warneyer Komm., 1930, 2. Aufl., I. Bd. zu § 480, S. 899.
5) Schollmeyer a.a.O., S. 102.

rungsanspruch nichts anderes als die ursprüngliche Kaufforderung[1]), also einen Erfüllungsanspruch[2]), sehen.

VII.

Beim Gattungskauf gelten demnach ebenfalls die Grundsätze, die beim Spezieskauf zur Anwendung kommen, nur mit dem Unterschiede, daß beim Spezieskauf der Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Bedeutung ist, während beim Gattungskauf die Konzentration der maßgebende Zeitpunkt ist.

Adler[3]) will in dem Falle einer nachträglich eingetretenen Fehlerhaftigkeit § 480 BGB. auf den spezialisierten Gattungskauf überhaupt nicht anwenden. Nach ihm findet § 480 BGB. vielmehr nur dann Anwendung, wenn die Ware schon zur Zeit der Spezialisation Mängel hatte, da mit der vollwirksamen Konzentration die Gattungssache zu einer Speziessache werden würde und nunmehr lediglich die Vorschriften über den Spezieskauf Anwendung fänden.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß der Verkäufer gemäß § 243 Abs. 1 BGB. eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten hat. Wie schon oben hervorgehoben wurde, unterliegt es aber keinem Zweifel, daß die im § 243 BGB. geforderte Eigenschaft eine etwaige Fehlerhaftigkeit der Sache im Sinne der §§ 459 ff. BGB. dennoch nicht ausschließt. Schon hier zeigt es sich, zu welchem widerspruchsvollen und bedenklichen Ergebnis diese Auffassung führen muß:

Auf der einen Seite liegt eine vollwirksame Konzentration vor, wenn der Verkäufer eine Ware mittlerer Art und Güte liefert, bezw. das zur Lieferung seinerseits Erforderliche getan hat, während andererseits feststeht, daß diese spezialisierte Sache mittlerer Art und Güte fehlerhaft im Sinne der §§ 459 ff. BGB. sein kann.

Man müßte also auch in diesem Falle dem Käufer die Rechtsbehelfe aus § 480 BGB. versagen. Ein derartiges Ergebnis entspricht aber m. E. weder dem Sinne des Gesetzes noch der Billigkeit.

Weiter ist Adler entgegenzuhalten, daß durch eine vollwirksame Spezialisation nicht die Gattungsnatur der Sache untergeht. Es wird zwar von jetzt ab nur eine bestimmte Sache geschuldet; trotzdem bleibt es etwas anderes, ob von vornherein ein Spezieskauf bestand oder ob beim Gattungskauf die Leistung auf eine bestimmte Sache spezialisiert wurde.

---

[1]) Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 336, I 1.

[2]) Süß a.a.O., S. 91; RG. Bd. 52, S. 352; RG. Bd. 53, S. 91 u. 204; RG. Bd. 90, S. 334.

[3]) in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 39, S. 524 u. 533.

Der Nachlieferungsanspruch stellt sich vielmehr als eine Nachwirkung der ursprünglichen Gattungseigenschaft dar[1]).

VIII.

Zusammenfassend ist also folgendes Ergebnis festzustellen:

Der Verkäufer kommt nicht in Schuldnerverzug, wenn er eine Sache anbietet, die schon bei Vertragsschluß fehlerhaft war, auch wenn es sich um das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft handelt oder ein Fehler arglistig verschwiegen wurde.

Bei der Gattungsschuld ist statt des Vertragsschlusses der Zeitpunkt der Konzentration maßgebend.

Lehnt der Käufer die Annahme der Sache, von der feststeht, daß sie fehlerhaft ist, ab, so kommt er gemäß §§ 293, 294 BGB. in Annahmeverzug, und die Gefahr geht gemäß § 300 Abs. 2 BGB. auf ihn über.

Dieses Ergebnis ist durchaus nicht unbefriedigend, wenn man in Erwägung zieht, daß dem Käufer sein Recht auf Wandelung bleibt. Uebt er nun sein Wandelungsrecht aus, so wird der Kaufvertrag ex tunc rückgängig gemacht, und damit entfallen alle inzwischen eingetretenen Rechtsfolgen, auch die des Annahmeverzuges[2]). Macht der Käufer die ihm schon vor der Uebergabe zustehende Wandelungseinrede[3]) geltend, so entsteht — vorausgesetzt, daß der Mangel den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entspricht — überhaupt kein Annahmeverzug.

---

1) Fischer in Ihering Jahrbüchern, Bd. 51, S. 214.
2) Süß a.a.O., S. 75.
3) vgl. § 4 der vorliegenden Arbeit.

II.

Maßgebender Zeitpunkt der Entstehung der Gewährleistungsansprüche.

§ 3.

Entwickelung der Lehre in Rechtsprechung und Literatur.

Die grundlegende Vorschrift über die Frage, inwieweit der Verkäufer einer Sache für etwaige Mängel einzustehen hat, enthält § 459 BGB.:

Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist . . . .

Der maßgebende Zeitpunkt, bis zu welchem die Kaufsache von Mängeln frei sein muß, ist demnach nach geltendem Recht der Moment des Gefahrüberganges, im Gegensatz zu den Vorschriften des gemeinen Rechts, nach welchem entsprechend dem Grundsatz „emtoris est periculum" als maßgebender Zeitpunkt der Kaufabschluß angenommen wurde.

Im § 2 der vorliegenden Arbeit ist eingehend dargelegt worden, daß die Leistung einer fehlerhaften Sache (Genus- oder Speziessache) lediglich einen Gewährleistungsanspruch auslöst, wenn die Kaufsache zur Zeit des Kaufabschlusses, bezw. bei Gattungssachen zur Zeit der Konzentration, mangelhaft im Sinne der §§ 459 ff. BGB. ist.

Unbestritten ist, daß der Erfüllungsanspruch mit dem Kaufabschluß entsteht.

Es ist demnach die Frage zu prüfen, ob der im § 459 BGB. angegebene Zeitpunkt des Gefahrüberganges maßgebend für die Entstehung der Gewährleistungsansprüche ist oder ob der Verkäufer schon im Augenblick des Kaufabschlusses — bei Gattungssachen im Augenblick der eingetretenen Kon-

zentration — den Vorschriften über die Gewährleistung unterliegt.

Es ist zunächst festzustellen, von welchem Zeitpunkt ab der Käufer einer Sache die Gefahr zu tragen hat:

Gemäß § 446 BGB. geht entsprechend der deutsch-rechtlichen Gewerbeerlangung bei **beweglichen** Sachen die Gefahr mit der Uebergabe der Kaufsache auf den Käufer über.

Beim **Versendungskauf** entscheidet gemäß § 447 BGB. der Zeitpunkt, an welchem der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder einer sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person ausgeliefert hat.

Handelt es sich um eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so tritt außerdem (§§ 446, 447 BGB.) gemäß § 300 BGB. der Gefahrübergang ein, wenn der Käufer durch vergebliches Angebot in Verzug gesetzt worden ist.

Dernburg[1], [2]) und in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht[3]) vertreten die Ansicht, daß der Verkäufer erst vom Augenblick des Gefahrüberganges ab Gewähr zu leisten habe. Bis zu diesem Zeitpunkt ständen dem Käufer lediglich die Vorschriften des allgemeinen Teiles (§§ 119, 123 BGB.) oder die Vorschriften des allgemeinen Teiles des Rechtes der Schuldverhältnisse zur Seite.

Folgt man dieser Lehre, also daß der Käufer erst nach der Uebergabe oder einem gleichwertigen Vorgange wandeln oder mindern kann[4]), so muß man folgerichtig zu dem wenig praktischen, ja widersinnigen Ergebnis kommen, daß sich der Käufer erst die mangelhafte Ware liefern lassen muß, um sich dadurch die Gewährleistungsansprüche zu verschaffen; daß er hierzu nicht verpflichtet ist, zeigt eindeutig die Bestimmung des § 464 BGB., aus der hervorgeht, daß der Käufer nicht gehalten ist, eine von ihm als mangelhaft erkannte Ware anzunehmen; nimmt er diese trotzdem an, so muß er sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten.

Auch die Lehre Düringer-Hachenburgs[5]), die dadurch dem oben angeführten Ergebnis entgehen will, daß sie die Gewährleistungspflicht mit dem vollendeten Angebot beginnen läßt, da hiermit Annahmeverzug und folglich Gefahrübergang begründet werden, führt zu keinem annehmbaren Ergebnis.

Soll der Käufer, der einen Mangel erkannt hat und der weiß, daß dieser Mangel bis zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht behoben werden wird, das vielleicht nach längerer Zeit fällige Angebot abwarten, während er über den Er-

1) Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. 2, 3. Aufl., 1906.
2) Abweichend Dernburg-Raape, 4. Aufl. 1915, § 184 Note 23, S. 69.
3) RG. Bd. 53, S. 73.
4) Cosack, Lehrbuch, Bd. I, § 188 Ziff. 3, 7. Aufl., 1922.
5) HGB., Bd. III, S. 153, Anm. 178, 2. Aufl., 1913.

folg seiner beabsichtigten Mängeleinrede bis zu diesem Zeitpunkt im Ungewissen bleibt?

Eine derartige Regelung ist gleich der von Dernburg vertretenen Ansicht für den Verkehr höchst störend und m. E. untragbar.

Gegen die Ansicht von Düringer-Hachenburg wendet sich auch Adler[1]), allerdings mit einer von der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht abweichenden Begründung.

Nach Adler entsteht überhaupt kein Annahmeverzug des Käufers, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert. Im § 2 der vorliegenden Arbeit ist nachgewiesen worden, daß sich der Käufer im Falle einer Annahmeverweigerung der Gefahr aussetzt, in Annahmeverzug zu kommen, da der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht genügt, wenn er die mangelhafte Ware liefert, vorausgesetzt, daß die Fehlerhaftigkeit schon zur Zeit des Vertragsschlusses bezw. der Konzentration vorhanden war.

Berechtigt ist dagegen dieser Einwand Adlers für den Fall, daß die Sache nach dem Vertragsschluss, aber vor dem Gefahrübergang fehlerhaft wird; hier entsteht, wie schon oben festgestellt wurde, kein Annahmeverzug des Käufers, wenn er die nachträglich mangelhaft gewordene Ware nicht annimmt.

Auch vom Standpunkt Fischers[2]) ist es folgerichtig, wenn er die Ansicht vertritt, daß kein praktisches Bedürfnis bestünde, die Mängelrechte bereits mit dem Vertragsschluß entstehen zu lassen, da er lehrt, daß dem Käufer niemals eine mangelhafte Sache gegen seinen Willen aufgedrängt werden könne.

Auch hier wird der grundlegende Unterschied zwischen dem Gewährleistungsanspruch und Erfüllungsanspruch nicht genügend hervorgehoben.

Dennoch muß Fischer zugeben, daß man in einzelnen Fällen, z. B. bei einer etwaigen Pränumerandozahlung des Kaufpreises, bei dauernden Sachmängeln gegenüber der Kaufgeldforderung die Wandelungseinrede vermissen könnte. Diese Schwierigkeit wird nach Fischer dadurch behoben, daß in solchen Fällen grundsätzlich die Anfechtung des Geschäftes wegen Irrtums oder Betruges gegeben sei.

Ohne hier auf diese später zu behandelnde und m. E. abzulehnende Ansicht einzugehen, soll nur gezeigt werden, daß selbst die Gegner der Auffassung, daß die Gewährleistungsrechte schon mit dem Kaufabschluß entstehen, eine fühlbare Lücke zugeben müssen.

Die Haltung des Reichsgerichtes in dieser Frage ist nicht einheitlich. Wie schon oben hervorgehoben wurde, macht das

[1]) Grünhut's Zeitschrift 1912, Bd. 39, S. 531.
[2]) in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 51, S. 223—224.

Reichsgericht in Band 53 Seite 73 die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche von der erfolgten Uebergabe abhängig.

Aber schon in der Entscheidung vom 11. 3. 1911[1]) wird die Möglichkeit angedeutet, von dieser bis dahin ständigen Rechtsprechung abzuweichen: „Ob von diesem Grundsatz etwa abzugehen wäre, wenn es sich um Mängel handeln würde, deren Beseitigung ausgeschlossen wäre, bedarf hier keiner Erörterung, da . . . .".

In dem Urteil vom 3. 2. 1912[2]) verläßt das Reichsgericht seinen bisherigen Standpunkt und gibt dem Käufer auch vor erfolgter Uebergabe die Gewährschaftsansprüche, indem es dem Käufer zubilligt, entsprechend der nach der Uebergabe zulässigen Wandelung von dem Vertrage abzugehen, wenn feststehe, daß die Beseitigung der Mängel ausgeschlossen sei.

Auch in dieser Entscheidung des Reichsgerichts wird der grundlegende Unterschied zwischen Gewährleistungs- und Erfüllungsanspruch nicht beachtet.

§ 4.

Fortsetzung.

In der Entscheidung vom 3. 2. 1912[2]) billigt das Reichsgericht[3]) dem Käufer einer mangelhaften Sache nur dann die Gewährleistungsansprüche vor der Uebergabe zu, wenn von vornherein feststehe, daß der Mangel nicht behoben werden kann.

Will man aber zu einem praktischen und dem Gesetz entsprechenden Ergebnis kommen, so wird man dies auf alle Mängel, auch auf die behebbaren, ausdehnen müssen und den Fall, daß der Verkäufer einen Mangel beseitigen kann und will, als Ausnahmefall betrachten.

Grundsätzlich ist also meiner Ansicht nach daran festzuhalten, daß die Gewährschaftsansprüche schon mit dem Vertragsschluß entstehen, d. h. sie können von dem Käufer schon vor dem Gefahrübergang geltend gemacht werden, sofern schon jetzt feststeht, daß die Sache auch zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges mit den Mängeln behaftet sein wird, sei es, daß der Käufer den Mangel nicht beseitigen will, sei es, daß der Mangel überhaupt ein unbehebbarer ist[4]).

---

1) Warneyer, Ergänzungsband 1911, Nr. 321.
2) Seufferts Archiv 1912, Bd. 67, Nr. 198.
3) so auch Warneyer Komm., zu § 459, Anm. VII, S. 865.
4) so auch Schöller in Gruchots Beiträgen, Bd. 46, S. 15; Adler in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 39, S. 351; Schollmeyer, Bd. 49 aus Iherings Jahrbüchern, S. 95; F. Haymann a.a.O., S. 16 ff.; Oertmann a.a.O., zu § 459 Ziff. 3, S. 591; Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 331 II 1d, S. 337; Crome, System, 1902, § 222, Note 2, S. 459; Süß, a.a.O., Seite 235.

Oertmann[1]) führt hierzu mit Recht aus, daß grundsätzlich damit gerechnet werden dürfe, daß ein einmal vorhandener Fehler noch im Zeitpunkt des Gefahrüberganges bestehen bleiben werde.

Auch der hier gut verwertbare Analogieschluß aus § 308 BGB., wo die vorübergehende Unmöglichkeit im Zweifel der dauernden gleichgestellt wird, berechtigt zu der Annahme, daß Veränderungen rechtlich nicht vermutet werden.

Hieraus geht hervor, daß grundsätzlich sowohl die behebbaren als auch die unbehebbaren Mängel nach gleichen Gesichtspunkten zu behandeln sind.

Erklärt sich jedoch der Verkäufer in diesem Falle bereit, den behebbaren Mangel bis zum Gefahrübergang zu beseitigen, — vorausgesetzt, daß hierzu eine Möglichkeit vorhanden ist — wird man dem Verkäufer nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben das Recht einräumen müssen, diesen Mangel zu beheben[2]), da kein berechtigtes Interesse des Käufers besteht, welches dem Verkäufer die Beseitigung des behebbaren Mangels untersagen könnte. Das Recht des Käufers geht natürlich nicht soweit, daß eine Sache, die beim Kaufabschluß fehlerhaft war, nun auch fehlerhaft bleibt, weil es ihm im gegebenen Falle vorteilhafter erscheint, die Rechtsbehelfe aus den §§ 459 ff. BGB. für sich in Anspruch zu nehmen.

Der Wortlaut des Gesetzes zwingt in keiner Weise dazu, anzunehmen, daß die Gewährschaftsrechte erst im Zeitpunkt des Gefahrüberganges entstehen.

§ 459 BGB. sagt vielmehr nur, daß ein Mangel in diesem Zeitpunkt vorhanden sein muß, um von den Gewährschaftsrechten Gebrauch machen zu können, nicht aber, daß erst in diesem Zeitpunkt die Gewährschaftsrechte des Käufers entstehen.

Diese Auffassung findet ihre Begründung in der Gegenüberstellung der §§ 459 und 463 BGB.

Maßgebend ist für beide Gesetzesstellen, daß der Fehler zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden ist. § 463 BGB. will nicht die allgemeine Vorschrift des § 459 BGB. abändern, etwa in dem Sinne, daß für die Wandelung und Minderung aus § 463 BGB. der Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden sein muß[3]).

§ 459 Abs. 2 und § 463 Satz 1 BGB. geben vielmehr folgende Regel:

Die Wandelungs- und Minderungsansprüche sind auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften gegeben; fehlen diese zugesicherten Eigenschaften schon zur Zeit des Kauf-

[1]) Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 76, S. 6.

[2]) Oertmann a.a.O. zu § 459, Ziff. 3, S. 591; Süß a.a.O. S. 235; RGR. Komm., Bd. II 2 zu § 459, 3B 1a, S. 61 (1928); abweichend R. Schmidt a.a.O. S. 111.

[3]) RG. in Seufferts Archiv, Bd. 66 Nr. 93.

abschlusses, so kann auch wahlweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Für beide Ansprüche ist aber erforderlich, daß der Fehler zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden ist.

Der Zeitpunkt des Gefahrüberganges ist danach lediglich für die etwaige Fehlerhaftigkeit der Ware entscheidend, nicht aber für die Frage der Entstehung der Gewährleistungsansprüche;

diese entstehen ebenso wie der Erfüllunganspruch **mit dem Kaufabschluß**[1]).

Eine weitere Rechtfertigung für die Ansicht, daß die Gewährschaftsansprüche schon vor dem Gefahrübergange ausgeübt werden können, liegt in folgendem:

Der Käufer kann das Gegenstück des Grundsatzes „dolo facit, qui petit quod redditurus est" geltend machen und anführen, daß gemäß dem obigen Grundsatz der Verkäufer die Abnahme einer Ware nicht verlangen kann, die er sofort wieder, d. h. nach dem Gefahrübergang, zurücknehmen muß[2]).

Der Einwand der Gegenmeinung, daß in diesem Falle ein Zwiespalt zwischen der Anspruchsentstehung und dem Verjährungsbeginn entstehe, ist m. E. nicht so schwerwiegend, wie es anfangs scheinen mag.

Der Zeitpunkt der Entstehung des Mangels ist vielfach sehr schwer beweisbar, während der der Uebergabe größtenteils deutlich hervortritt[3]).

Auch muß hervorgehoben werden, daß sich der Käufer gewöhnlich erst mit der Uebergabe Gewißheit über den Zustand der Ware verschaffen und einen etwaigen Mangel der Kaufsache erst in diesem Zeitpunkt erkennen kann, sodaß es bei der kurzen Verjährungsfrist nur billig erscheint, diese erst von dem Zeitpunkt der Uebergabe ab laufen zu lassen. Oertmann aaO. leitet mit Recht aus der Regel des § 477 BGB. ein Argument zugunsten der Lehre her, die die Gewährschaftsansprüche schon vor der Uebergabe (Gefahrübergang) entstehen läßt, indem er ausführt, daß, wenn die ädilizischen Ansprüche überhaupt erst mit der Uebergabe entständen, ein entsprechender Verjährungsbeginn ohne weiteres der Regel des § 198 BGB. gemäß wäre und das Gesetz sich der Sondervorschrift im § 477 Abs. 1 BGB. ruhig enthalten könne.

Beim Gattungskauf tritt der Gefahrübergang gemäß §§ 446, 447, 300 II BGB. ein[4]).

Hier können die Gewährschaftsansprüche nicht schon mit dem Abschluß des Kaufes entstehen, weil zu dieser Zeit noch niemals ein Mangel bestehen kann. Vielmehr muß immer erst

1) Kiehl in Jur. Woch., 1914, Nr. 10, S. 500.
2) Krückmann in Leipz. Zeitschr., 1915, Nr. 20, S. 1353.
3) Oertmann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 76, Nr. 1, S. 7 (1911).
4) vgl. Seite 25.

die Konkretisierung eingetreten sein, damit man begrifflich von einer mangelhaften Sache reden kann.

Diese Konkretisierung wird regelmäßig zeitlich mit dem Augenblick des Gefahrüberganges zusammentreffen; notwendig ist dies jedoch nicht. Stellt zum Beispiel der Schuldner bei Holschulden zu dem kalendermäßig bestimmten Leistungstag die zu leistende Ware bereit, so ist in diesem Falle die Konkretisierung ohne Gefahrübergang eingetreten. Oder man denke an folgenden Fall: Ein Getreidehändler hat in seinem Speicher schon die für den Käufer bestimmte Lieferung ausgesondert, und der Käufer weiß, der ganze Vorrat ist stickig. Auch in diesen Fällen braucht der Käufer nicht erst den Eintritt des Gefahrüberganges abwarten; vielmehr entstehen hier die Gewährschaftsansprüche schon mit dem Zeitpunkt der Konkretisierung[1]).

[1]) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, S. 96.

III.

Die Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums und Betruges.

§ 5.

Fehlerfreiheit im Sinne des § 459 BGB. und wesentliche Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB.

a) Im § 4 der vorliegenden Arbeit ist darauf hingewiesen worden, daß das Reichsgericht[1]) vor der Uebergabe der Kaufsache regelmäßig nur die Anfechtungsrechte aus den §§ 119 Abs. 2, 123 BGB. gewährt, da bis zum Gefahrübergange die Gewährschaftsrechte noch nicht entstanden seien.

Auch Fischer[2]) schließt sich dieser Ansicht an mit der Begründung, daß in diesem Falle die Anfechtungsnormen nicht neben den Gewährschaftsansprüchen gegeben seien, daß also hier nicht von einer Konkurrenz beider Rechtsbehelfe die Rede sein könne, denn die Gewährleistungsrechte seien noch nicht mit dem Vertragsschluß entstanden.

Auch das Reichsgericht[3]) kommt zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich die Gewährschaftsansprüche mit den Anfechtungsnormen nicht konkurrieren können, da die Gewährleistungsvorschriften als lex spezialis den Bestimmungen des allgemeinen Teiles des BGB vorgingen.

Aus dem Gesetz selbst läßt sich aber dieser Grundsatz der Spezialität der kaufrechtlichen Vorschriften in keiner Weise belegen, und deshalb wird auch von nicht wenigen Schriftstellern[4]) der Standpunkt vertreten, daß beide Vorschriften nebeneinander anwendbar seien.

---

1) RG. in Gruchots Beiträgen, 1909, 53. Jahrg., Bd. 62, S. 940.
2) Iherings Jahrbücher, Bd. 51, S. 224, Note 89.
3) RG. Bd. 61. S. 175; RG. Bd. 62, S. 285; RG. Bd. 97, S. 351; RG. Bd. 135, S. 339.
4) Leonhard, Allgemeiner Teil, S. 495—496; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, 1915, S. 85 ff.; Cosack, Lehrbuch, Bd. I, 7. Aufl. 1922, § 188, X 3, S. 525.

Ausgangspunkt dieser Frage ist die Untersuchung, welcher Bedeutung dem Ausdruck „wesentliche Eigenschaften" im § 119 Abs. 2 BGB beizulegen ist.

Es stehen sich hier im wesentlichen drei Ansichten gegenüber:

1. Nach der wohl herrschenden Ansicht, der sich auch Oertmann[1]) und das Reichsgericht[2]) anschließen, ist „wesentliche Eigenschaft" alles das, was einen nennenswerten Einfluß auf die Wertschätzung des Gegenstandes ausübt, also alle erheblichen bedeutsamen Eigenschaften.

Diese Ansicht wird mit dem geltenden Sprachgebrauch und mit dem praktischen Bedürfnis, das Wort „wesentlich" so auszulegen, begründet.

Diese weitgehende Auslegung des Begriffes führt zu dem Ergebnis, daß bei jedem Kauf einer mit einem erheblichen Mangel behafteten Sache sowohl die Wandelung und Minderung (§§ 459 ff. BGB) als auch die Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) gegeben sind; denn unzweifelhaft ist der Mangel eine Eigenschaft, die einen nennenswerten Einfluß auf die Wertschätzung des Gegenstandes ausübt.

Dieses Ergebnis entspricht aber in keiner Weise dem Sinn des Gesetzes, da die kurzen Verjährungsfristen der Mängelansprüche und die Absicht des Gesetzes, die Haftung des Verkäufers dann auszuschließen, wenn dem Käufer ein Mangel infolge eigener grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb — die Anfechtung wird dagegen durch grob fahrlässigen Irrtum nicht ausgeschlossen —, zeigen, daß grundsätzlich im Interesse der Verkehrssicherheit die Geltendmachung von Mängeln nach Ablauf jener Fristen bezw. bei grob fahrlässigem Verhalten des Käufers ausgeschlossen sein soll.

Die Lehre des Reichsgerichtes, welches die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB als lex spezialis gegenüber der Anfechtung aus § 119 Abs. 2 BGB auffaßt und damit zu der Ablehnung einer Konkurrenzmöglichkeit beider Rechtsbehelfe kommt, findet, wie oben schon erwähnt wurde, keinen Anhalt im Gesetz.

Darüber hinaus würde diese Ansicht, wie Enneccerus[3]) richtig hervorhebt, zu folgendem, vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten Ergebnis führen:

Sieht man die Mängelvorschriften als lex spezialis an, daß also die Anfechtungsvorschriften **nur aus diesem Grunde** ausgeschlossen sind, so muß man dem **Verkäufer** das Anfechtungsrecht wegen irrtümlichlich angenommener Mängel stets gewähren, da für diesen keine Spezialvorschriften vorhanden sind. Es könnte hiernach zum Beispiel der Verkäufer, der sein Haus in dem

[1]) Oertmann a.a.O. (1929), Vorbem. zu § 459, 2g, S. 588; Düringer-Hachenburg-Werner a.a.O., S. 119, Anm. 140.

[2]) RG. Bd. 61, S. 84.

[3]) a.a.O., § 335, III 2, S. 353.

Glauben, es sei Schwamm darin, verkauft hat, den Verkauf anfechten, nachdem der Käufer durch bauliche Untersuchungen die Schwammfreiheit festgestellt hat.

Nach Dernburg[1]) ist die Aufstellung eines allgemein gültigen Satzes nicht möglich; denn was für den einzelnen Fall beim Kaufabschluß als „wesentlich" gelte, könne nach der Verkehrsauffassung in einem etwas anders gelegenen Falle bedeutungslos sein; man müsse vielmehr jeden einzelnen Fall gesondert betrachten.

Die Feststellung Dernburgs, daß Vertragsteile für den einen Fall wesentlicher Bestandteil des ganzen Vertrages sein können, während dieselben Vertragsteile in einem anders gelegenen Fall vom Verkehr als mehr oder weniger bedeutungslos für den ganzen Vertrag angesehen werden, ist richtig. Die Schlußfolgerung aber, daß aus diesem Grunde eine fest umrissene Begriffsbestimmung unmöglich sei, ist wegen der Unbestimmtheit des Dernburg'schen Lehrsatzes für den Verkehr untragbar[2]).

Die Bedeutung des § 119 Abs. 2 BGB läßt es m. E. nicht zu, einen der wichtigsten Begriffe dieses Rechtssatzes für Einzelfälle verschieden anzuwenden.

Dem praktischen Bedürfnis entsprechend und im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes ist die Ansicht, die unter „wesentlich" nur das versteht, was das W e s e n der Sache oder der Person bestimmt.[3]) Hiernach ist die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nur dann gegeben, wenn die vom Käufer vorausgesetzte Eigenschaft die Sache zu einer Sache ganz anderer Art machen würde.[4]) Kauft zum Beispiel der Käufer eine Flüssigkeit, die er für Wein hält, und schließt er aus diesem Grunde einen vermeintlichen Weinkauf ab, ist aber diese Flüssigkeit in Wirklichkeit nur Essig, so trifft dieses Beispiel den Tatbestand des Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft.[5])

Diese strenge Auslegung des Wortes „wesentlich" führt folgerichtig zu dem Ergebnis, daß der Mangel einer Sache wohl eine Eigenschaft ist; dieser Mangel verändert aber das Wesen der Sache nicht derart, daß sie im Verkehr als etwas ganz anderes angesehen wird; denn wäre dies der Fall, würde sie eben nicht mehr eine mangelhafte Sache d e r i r r i g a n g e n o m m e n e n A r t sein.[6])

---

1) Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1906, § 145 I 2, S. 484—485.

2) Gegen Dernburg auch Oertmann a.a.O. zu § 119, S. 399.

3) Enneccerus a.a.O., Bd. I 1, § 157 III 3, S. 426.

4) Knoke in Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft, 1927, S. 897, VIII 5; von Thur, Bd. II 1, 1914, § 67, S. 579; Cosack, Lehrbuch, Bd. I, 7. Aufl. 1922, S. 237; Warneyer a.a.O., zu § 119, IV, S. 186.

5) weitere Beispiele bei Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 335 III 1, S. 352.

6) Enneccerus a.a.O. I 2 § 335 III 1, S. 352.

Das Reichsgericht[1]) vertritt die auch hier gegebene Auffassung, daß grundsätzlich Anfechtung und Mängelansprüche nicht konkurrieren können, weil das Gesetz die Absicht erkennen lasse, die Haftung für grob fahrlässig vom Verkäufer nicht entdeckter Fehler ganz auszuschließen und sie im übrigen auf die im Kaufrecht vorgeschriebene kurze Verjährungsfrist zu beschränken, während die Anfechtung durch grob fahrlässigen Irrtum nicht ausgeschlossen und noch innerhalb der im § 121 BGB. angegebenen 30jährigen Verjährungsfrist ausgeübt werden könne, wenn sie nur unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung, durch den Anfechtungsberechtigten erfolge.

Hält man nun jeden nach §§ 459 ff. BGB. erheblichen Sachmangel auch für eine wesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB., so gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder bejaht man die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe, oder man erkennt mit dem Reichsgericht die Mängelvorschriften als lex spezialis gegenüber den Anfechtungsvorschriften an.

Der ersten Möglichkeit steht nach der hier vertretenen Ansicht entgegen, daß der Tatbestand der Mängelhaftung von der der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums völlig verschieden ist; denn nach der hier gegebenen Begriffsbestimmung des Wortes „wesentlich" ist der Mangel einer Sache nicht eine Eigenschaft, welche das Wesen der Sache derartig verändert, daß sie im Verkehr als etwas ganz anderes betrachtet wird.

Ferner würden bei der Bejahung der Konkurrenzmöglichkeit sowohl die kurzen Verjährungsfristen des § 477 BGB hinfällig werden als auch die Absicht des Gesetzes, die Haftung für grob fahrlässig vom Verkäufer nicht entdeckter Fehler ganz auszuschließen.[2])

Aber auch die Ansicht des Reichsgerichts,[3]) welches die Vorschriften des Kaufrechtes gegenüber den Anfechtungsvorschriften als lex spezialis ansieht, ist schon aus dem Grunde abzulehnen, weil ein Ausschluß der Konkurrenz zweier Gesetzesstellen wegen Spezialität nur dann gegeben sein kann, wenn sich die Tatbestände der in Frage kommenden Gesetzesstellen inhaltlich decken. Beide Rechtsbehelfe schließen sich hier aber wegen ihrer Verschiedenartigkeit gegenseitig aus.

Süß[4]) führt zu diesem Punkt treffend an, daß es sich im § 119 Abs. 2 BGB. um die Anfechtung des Geschäftes handele,

---

[1]) RG. Bd. 61, S. 175; RG. Bd. 62, S. 285; RG. Bd. 97, S. 351; RG. Bd. 135, S. 339.

[2]) anders Schwaiger in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 1909, S. 325; R. Leonhard a.a.O. S. 496; vgl. E. Jung, Bürgerliches Recht, § 52, S. 590; wie im Text: Staudinger a.a.O. II 2. 9. Aufl., 1928: Wolff in Iherings Jahrb. Bd. 57, S. 37; Blume in Iherings Jahrb. Bd. 55, S. 209; Planck a.a.O. II 2, 4. Aufl., 1928, zu § 459, S. 693.

[3]) RG. Bd. 53, S. 73; vgl. Düringer-Hachenburg-Werner a.a.O., S. 120, Anmerkung 142.

[4]) a.a.O. Seite 206.

weil der Käufer über das Rechtsgeschäft als solches irrte, während er sich bei der Anwendung des § 459 BGB. über die Leistung täuschte. Beide Rechtsbehelfe haben also ganz verschiedene Ausgangspunkte: § 119 Abs. 2 BGB. geht von der Willenserklärung des Käufers aus, § 459 BGB. dagegen von der Leistung des Verkäufers.

Zusammenfassend sei noch einmal festgestellt, daß sowohl der Wortlaut des § 119 Abs. 2 BGB. als auch vor allem das praktische Ergebnis dafür sprechen, dem Worte „wesentlich" die hier gegebene strenge Auslegung zu geben. Jede weitere Deutung muß zu den oben erwähnten untragbaren Ergebnissen führen.

Wenn das Reichsgericht[1]) und Warneyer[2]) die Anfechtung eines Kaufvertrages wegen Irrtums bezüglich eines Mangels der Kaufsache nur dann ausschließen, wenn die Kaufsache bereits übergeben worden ist, so daß also vor der Übergabe der Kaufsache bezw. vor dem Gefahrübergang die Anfechtung allgemein zulässig ist, so wird meiner Ansicht nach die oben dargelegte Tatsache, nämlich daß Fehlerfreiheit im Sinne von § 459 BGB. keine wesentliche Eigenschaft im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB. ist, nicht genügend berücksichtigt.

Andererseits ist es auch verfehlt, immer dann einen Mangel im Sinne des § 459 BGB. anzunehmen, wenn einer Sache eine verkehrswesentliche Eigenschaft fehlt; beispielsweise sind unechte Steine noch keine fehlerhaften echten[3]); diesen Steinen fehlt eine wesentliche Eigenschaft, die Echtheit. Hier sind dem Käufer die Gewährschaftsansprüche versagt; ihm stehen lediglich die Anfechtungsrechte aus § 119 Abs. 2 BGB. zur Seite.

b. Nach Süß[3]) sind jedoch Fälle denkbar, in denen sich beide Begriffe decken, und zwar dann, wenn eine Sache fehlerhaft ist, weil ihr eine verkehrswesentliche Eigenschaft fehlt; zum Beispiel sei schlechter Zement fehlerhaft im Sinne von § 459 BGB.; zugleich fehle ihm aber eine verkehrswesentliche Eigenschaft: die Haltbarkeit.

Süß hält in diesem Falle die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe für möglich und führt aus, daß der rechtspolitische Gesichtspunkt der Verjährung nicht so bedenklich sei, wie er bei oberflächlicher Erwähnung erscheine. Die Verjährungsfrist betrüge nicht 30 Jahre schlechthin, vielmehr müsse die Geltendmachung des Anspruches unverzüglich erfolgen (§ 121 BGB.). Es könne also die Anfechtung unter Umständen früher verjähren als die Gewährschaftsrechte.

---

1) RG. Bd. 53, S. 73.
2) Warneyer a.a.O. Seite 869.
3) Süß a.a.O. Seite 243.

Diese Gründe dürfen aber m. E. nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Gesetzgeber die weitgehenden Rechte, die dem Käufer in den §§ 459 ff. BGB. eingeräumt werden, durch die kurzen Verjährungsfristen zugunsten des Verkäufers, der im Interesse der Verkehrssicherheit nicht jahrelang auf etwaige Einsprüche des Käufers warten soll, beschränken wollte.

Es zeigt sich auch hier wieder, daß eine zu weitgehende Auslegung des Begriffes „wesentlich" zu Ergebnissen führen muß, die keineswegs den eigentlichen Absichten des Gesetzgebers entsprechen. Gerade die verschiedenen Verjährungsfristen bei beiden Rechtsbehelfen zeigen deutlich, daß in **keinem,** wie auch immer gelegenen Fall, die Anfechtungsrechte aus § 119 Abs. 2 BGB. und die Gewährschaftsrechte aus den §§ 459 ff. BGB. nebeneinander gegeben sind.

Macht man sich die oben gegebene Begriffsbestimmung des Wortes „wesentlich" zu eigen, so kommt man auch bei dem von Süß gegebenen Beispiel zu einer Ablehnung der Konkurrenzmöglichkeit beider Rechtsbehelfe.

Die Haltbarkeit des Zementes ist ebensowenig eine wesentliche Eigenschaft, wie die Genießbarkeit des Weines. Fehlt dem Zement die Haltbarkeit, so sind auch hier nur, ebenso wie im Falle des sauer gewordenen Weines, die Gewährleistungsansprüche gegeben.

Die Fälle lägen anders, wenn der Käufer irgend ein Sandprodukt irrtümlich für Zement oder eine Flüssigkeit, die in Wirklichkeit Essig ist, für Wein hält. In diesen Fällen stehen dem Käufer nur die Anfechtungsrechte aus § 119 Abs. 2 BGB. zu.

Aus dieser Gegenüberstellung geht m. E. deutlich hervor, daß sich Gewährleistung und Anfechtung gegenseitig ausschließen[1]).

Daß es Fälle geben kann, bei denen etwaige Fehler erst nach Ablauf von 6 Monaten entdeckt werden können, ist unzweifelhaft.

Aber auch in diesem Falle muß jede Billigkeitslösung im Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen stehen. Man kann doch nicht aus dem Grunde, weil das Gesetz in den hier zu besprechenden Fällen Härten mit sich bringt, die kurzen Verjährungsfristen des § 477 BGB. dadurch illusorisch machen, daß man aus reinen Billigkeitsgründen das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB. gewährt!

Man denke sich nur den Fall, daß der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages grob fahrlässig handelt; dann hätte er nach

---

[1]) Für den Ausschluß der Konkurrenz beider Rechtsbehelfe auch Danz in Iherings Jahrbüchern, Bd. 46, S. 466—473, von Blume im „Recht", 07, S. 351; Krückmann, Arch. f. zivil. Prax. 101, S. 351 mit der Begründung, daß ein Irrtum überhaupt nicht vorläge, da, wenn der Verkäufer für die Fehlerhaftigkeit nach Gewährleistungsrecht einzustehen habe, die vom Käufer gewollte Rechtsfolge der Haftung des Verkäufers eintrete, gleichgültig, ob der Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war oder nicht.

der hier bekämpften Lehre noch den Vorzug, sogar nach dem Ablauf von 6 Monaten anfechten zu können! In diesen Fällen muß vielmehr gefordert werden, daß der Käufer einer Sache, an der ein etwaiger Fehler erst nach dem Ablauf von 6 Monaten hervortreten kann, sich durch Nebenabreden dem Verkäufer gegenüber sichert.

Wenn Süß[1]) hiergegen einwendet, daß man dadurch dem Verkäufer geradezu einen Freibrief gäbe, fehlerhafte Waren zu liefern, so wird hier m. E. übersehen, daß in solchen Fällen meistens eine Arglist des Verkäufers vorliegen wird, wodurch dem Käufer gegebenenfalls, ohne daß eine Zubilligung des § 119 Abs. 2 BGB. notwendig wäre, andere wirksame Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

§ 6.

Die Anfechtung wegen Betruges.

Eine andere Entscheidung ist dagegen dann zu treffen, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Rechte aus § 123 BGB. neben den Gewährleistungsansprüchen gegeben sein können.

O. v. Gierke[2]) und in früheren Entscheidungen auch das Reichsgericht[3]) verneinen hier ebenfalls eine Konkurrenzmöglichkeit mit der Begründung, daß die Gewährleistungsvorschriften als Sondervorschriften denen des allgemeinen Teiles des BGB. vorgingen.

Die herrschende Ansicht[4]), der sich auch jetzt das Reichsgericht anschließt[5]), steht jedoch hier auf dem Standpunkt, daß ein Anfechtungsrecht aus § 123 BGB. mit den Gewährleistungsansprüchen konkurrieren könne.

Die Bedenken, die die Ablehnung der Konkurrenzmöglichkeit der Rechte aus § 119 Abs. 2 BGB. mit den Rechten aus § 459 ff. BGB. veranlaßten, bestehen hier nicht, denn § 477 BGB. schließt ausdrücklich die kurze Verjährungsfrist für den Fall der Arglist des Verkäufers aus. In diesem Falle verbleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB.

1) a.a.O. Seite 246.
2) Deutsches Privatrecht, 1917, § 194e, Seite 480.
3) RG. Bd. 70, Seite 429.
4) Enneccerus a.a.O., § 164 II, S. 443; ders. § 335, S. 352; Oertmann a.a.O., zu § 459, 2g, S. 589; Haymann, Vortrag 1913, S. 9; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 93; Planck a.a.O., 1928, S. 693; vgl. auch E. Jung a.a.O., § 54, Seite 597.
5) RG. Bd. 96, Seite 157.

Auch ist gegen die eine Konkurrenzmöglichkeit ablehnende Ansicht einzuwenden, daß das Gesetz dem arglistig Getäuschten nicht mit Sondervorschriften die Rechtsbehelfe einschränken wollte. Vielmehr wird man annehmen müssen, daß das Gesetz diesem jeden nur möglichen Rechtsbehelf zubilligen will, um ihm die Möglichkeit zu geben, von dem Rechtsgeschäft loszukommen.

Es entfallen hier also alle Bedenken, die im § 5 der vorliegenden Abhandlung die Ablehnung einer Konkurrenzmöglichkeit der §§ 119 Abs. 2 und 459 ff. BGB. bedingten: Ein Schutzbedürfnis für den Verkäufer besteht nicht; verschiedene Verjährungsfristen, die ein Hauptargument gegen die Konkurrenz der §§ 119 Abs. 2 BGB. und 459 ff. BGB. bildeten, stehen nicht entgegen.

Gegen die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe ist also sachlich und rechtspolitisch nichts einzuwenden; vielmehr entspricht es in derartigen Fällen durchaus dem Sinn des Gesetzes und dem Bedürfnis, den arglistig getäuschten Käufer in jeder Weise zu schützen.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die Gewährsrechte dann ausgeschlossen sind, wenn eine Anfechtung geltend gemacht wird; denn durch eine wirksame Anfechtung wird das Geschäft als von Anfang an nichtig angesehen, sodaß aus diesem Grunde für die Gewährleistungsansprüche kein Raum bleibt. Wird also eine Klage auf beide Rechtsbehelfe gestützt, so ist daher zunächst zu prüfen, ob die Anfechung durchdringt. Erst im verneinenden Falle kann erörtert werden, ob sich dann die Klage auf Gewährleistungsansprüche stützen läßt[1]).

[1]) Warneyer a.a.O., zu § 459 XIII, S. 869; Enneccerus a.a.O., § 335 II, Anm. 8; RG. Bd. 74, S. 3.

IV.
Die Anwendung des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse.

§ 7.
Fehler, die schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden sind.

Es wurde im § 2 der vorliegenden Arbeit scharf zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht des Verkäufers unterschieden und festgestellt, daß der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht genügt, wenn er die Kaufsache so liefert, wie sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses darstellt.

Der hier vertretene Grundsatz, nämlich daß die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nicht Erfüllung des Kaufvertrages ist, führt ohne weiteres zur Beantwortung der Frage, ob neben den Gewährleistungsansprüchen die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse zur Ergänzung der §§ 459 ff. BGB. heranzuziehen sind.

Dernburg[1]) behauptet für den Fall, daß die Kaufsache zur Zeit des Vertragsschlusses fehlerhaft und noch nicht übergeben sei, der Käufer ihre Entgegennahme verweigern dürfe, weil solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes sei.

Aehnlich ist auch die Ansicht des Reichsgerichtes[2]): Es läge ein nach § 306 nichtiger Kaufvertrag vor, wenn der Kaufsache von vornherein die Eigenschaft fehle, die nach § 459 Abs. 1 BGB. vorausgesetzt werde, oder nach § 459 Abs. 2 BGB. ausdrücklich zugesichert worden sei, und der Fehler nicht behoben werden könne[3]).

---

[1]) Dernburg, II 2, S. 55, § 185 I; ders., Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reiches und Preußens, 2. Abtlg., einzelne Oblig., 3. Aufl., 1906, S. 69; anders Dernburg-Raape a.a.O., 4. Aufl., 1915, § 185, Seite 76, Anmerkung 4.

[2]) RG. in Warneyer, 1918, Nr. 185.

[3]) so auch Schöller in Gruchots Beitr., Bd. 46, S. 14.

Dieses Ergebnis beruht m. E. auf der mangelnden Unterscheidung von Gewährleistungsanspruch und Erfüllungsanspruch.

Besteht der Mangel schon zur Zeit des Kaufabschlusses, so ist diese mangelhafte Sache Gegenstand des Schuldverhältnisses. In diesem Falle ist demnach kein Raum für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse; denn in der Leistung der mangelhaften Sache — vorausgesetzt, daß der Mangel schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestand — liegt die Erfüllung des Kaufvertrages[1]).

Eine weitere Folge dieser Ansicht ergibt sich somit von selbst: es kommt weder einer schuldhafte Vertragsverletzung noch eine Nichterfüllung des Vertrages, weder Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug in Betracht.

Ist die Leistung von Gattungssachen Gegenstand des Kaufvertrages, so bestehen auch hier keine Bedenken, die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse auszuschließen[2]). In diesem Falle ist lediglich der eine Unterschied zu beachten, daß nicht der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern der der Konkretisierung der Schuld maßgebend ist.

§ 8.

Fehler, die nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergang entstanden sind.

Entstehen nach dem Vertragsschluß unbehebbare Mängel oder gehen Eigenschaften, die zwar beim Kaufabschluß vorhanden waren, endgültig verloren, so kann der Verkäufer seine Verpflichtung, die Kaufsache so zu leisten, wie sie sich beim Kaufabschluß darstellte, nicht erfüllen.

In diesen Fällen kommen in erster Linie die Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung, wenn die nachträglich entstandenen Fehler den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entsprechen oder wenn die fortgefallenen Eigenschaften zugesichert waren.

Die Ansicht Düringer-Hachenburgs[3]), daß diese Vorschriften frühestens dann zur Anwendung kämen, wenn der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer zwecks Übergabe angeboten oder beim Versendungskauf sie zur Versendung dem Frachtführer ausgeliefert hätte, gründet sich auf die m. E. falsche Ansicht, daß die Gewährschaftsansprüche erst mit dem Gefahrübergang entstehen[4]).

---

[1]) Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 335, Seite 350.
[2]) vgl. auch § 1 der vorliegenden Arbeit.
[3]) Komm., 1913, 2. Aufl., Bd. III, S. 173-174, Anm. 205, Ziff. 5.
[4]) vgl. § 3 der vorliegenden Arbeit.

Fraglich ist jedoch, ob und in welchem Umfange auch neben den Gewährleistungsansprüchen die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse, insbesondere die §§ 323 ff., eingreifen.

Diese Frage ist äußerst bestritten und das Ergebnis der einzelnen Lehrmeinungen so verschiedenartig, daß es notwendig ist, in diesem Zusammenhange ein möglichst umfassendes Bild von dem Stand dieser außerordentlich wichtigen Streitfrage zu geben.

Außer der schon oben erwähnten Lehre Düringer-Hachenburgs, daß die Gewährleistungsrechte dem Käufer erst nach dem erfolgten Gefahrübergang zur Seite ständen und daß vor diesem Zeitpunkt lediglich die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse anzuwenden seien, kommen im wesentlichen drei Ansichten in Betracht:

I. Nicht wenige[1]) nehmen an, daß, wenn ein Mangel nach dem Kaufabschluß entstanden ist, ausschließlich die Gewährleistungsrechte zur Anwendung kämen.

Diese Ansicht führt m. E. zu unbilligen und unhaltbaren Ergebnissen.

Führt z. B. der Verkäufer die Mängel selbst schuldhaft herbei, so hätte nach dieser Ansicht der Käufer lediglich den Wandelungs- oder Minderungsanspruch, niemals aber einen Schadensersatzanspruch, da das Gesetz diesen nur im Falle des arglistigen Verschweigens und bei der Zusicherung von Eigenschaften zubilligt[2]).

Daneben ist zu berücksichtigen, daß der Käufer beim Viehkauf nur dann einen Anspruch wegen grob fahrlässiger Verschlechterung hat, wenn diese einen Hauptmangel zur Folge hat[3]).

Aus diesen Beispielen ist ersichtlich, daß die ausschließliche Anwendung der Gewährleistungsvorschriften eine einseitige Bevorzugung des Verkäufers und eine grundlose Benachteiligung des Käufers mit sich bringen würde, eine Folge, die vom Gesetz sicher nicht gewollt ist.

Aus dem Gesetz läßt sich überdies in keiner Weise begründen, daß die Vorschriften über die Gewährleistung die Ansprüche des Käufers erschöpfend regeln wollen[4]).

II. Nach Haymann[5]) sind die Gewährleistungsvorschriften auszuschließen und lediglich die Unmöglichkeitsregeln anzuwenden.

Auch diese Regel findet, wie schon erwähnt wurde, im Gesetz keinen Anhalt.

---

1) Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 306; Endemann, Lehrbuch, 8. Aufl., § 161, Anm. 20, S. 989; Titze, Unmöglichkeit, S. 277.
2) Schöller in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, Seite 20.
3) Haymann, Vortrag 1913, Seite 21.
4) anders Titze, Unmöglichkeit, Seite 277.
5) Haymann, Vortrag 1913, Seite 22.

§ 459 BGB. besagt, daß der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür hafte, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist. Aus dieser Bestimmung geht deutlich hervor, daß der Wortlaut des Gesetzes auch die Fehler mit umfaßt, welche nach dem Vertragsabschluß entstanden und zur Zeit des Überganges der Gefahr noch vorhanden sind[1]).

Überdies ist in den §§ 3 und 4 der vorliegenden Arbeit eingehend nachgewiesen worden, daß die Gewährleistungsrechte schon mit dem Vertragsschluß entstehen; das bedeutet, daß der Käufer schon vor dem Gefahrübergang die Gewährschaftsrechte geltend machen kann, vorausgesetzt, daß zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges der Mangel noch vorhanden ist. Es ist also nicht einzusehen, weshalb für die Fehler, die nach dem Vertragsschluß entstehen, die Gewährleistungsvorschriften nicht in Frage kommen sollen.

Der Hinweis Haymanns[2]), daß aus der Bestimmung des § 460 BGB. eindeutig hervorgehe, daß das Gesetz die Gewährleistungsansprüche für Mängel, die nach dem Vertragsschluß, aber vor dem Gefahrübergang entstanden seien, ausschließen wolle, da es andernfalls unverständlich wäre, weshalb es dem Käufer gemäß § 460 BGB. diese Ansprüche nur dann verweigere, wenn dieser den Mangel beim Kaufabschluß kenne, ist m. E. eine Verkennung der eigentlichen Bedeutung des § 460 BGB. Die Fehler, welche nach dem Vertragsschluß entstehen, kann der Käufer bei dem Vertragsschluß nicht kennen und diese infolgedessen bei der Festsetzung seiner Leistung nicht berücksichtigen[3]). Darüber hinaus hat § 460 BGB. seine Bedeutung nicht nur für den Fall, daß der Käufer beim Kaufabschluß einen tatsächlich schon vorhandenen Fehler kennt; vielmehr werden gemäß § 460 BGB. die Gewährleistungsansprüche auch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer bei der zur Zeit des Vertragsschlusses völlig fehlerfreien Kaufsache mit einer nachträglichen Verschlechterung rechnet und hiernach sein Preisangebot bemißt.

Der Sinn des § 460 BGB. ist daher folgender: Auf die Kenntnis des Mangels beim Vertragsschluß kommt es deshalb an, weil der Käufer nur zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit hat, seine Gegenleistung festzusetzen, jenachdem er sich von einem schon vorhandenen bezw. bis zum Gefahrübergang etwa noch eintretenden Mangel für sein Preisgebot beeinflussen läßt[4]).

---

[1]) R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 104.
[2]) a.a.O., Seite 21.
[3]) Süß a.a.O., Seite 230.
[4]) R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 104; vgl. auch Haymann, Vortrag 1913, Seite 20 ff.

Der Ausschluß der Gewährleistungsansprüche tritt daher nur dann ein, wenn der Käufer zur Zeit des Kaufabschlusses weiß, daß ein Fehler zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein wird. Schließt er dennoch den Kaufvertrag, so ist daraus mit Sicherheit anzunehmen, daß er seinen Kaufpreis mit Rücksicht auf die zur Zeit des Gefahrüberganges fehlerhafte Sache festgesetzt hat. Er kann also jetzt den Kaufpreis nicht mehr mindern, weil er ihn bereits beim Kaufabschluß durch die geringere Festsetzung seiner Gegenleistung gemindert hat. Ebensowenig kann er den ganzen Kaufvertrag durch Wandelung rückgängig machen, denn diese ist gemäß § 475 BGB. durch die schon erfolgte Minderung ausgeschlossen.

Tritt dagegen der Mangel erst nach dem Kaufabschluß ein, ohne daß der Käufer beim Vertragsschluß mit dieser Verschlechterung rechnete, so kann naturgemäß die Bestimmung des § 460 BGB. nicht Platz greifen. In diesem Falle bleiben dem Käufer die Gewährschaftsansprüche erhalten, wenn er sich seine Rechte wegen der nachträglich entstandenen Verschlechterung gemäß § 464 BGB. vorbehält[1]).

III. Auch Süß[2]) lehnt die konkurrierende Anwendung der Gewährschaftsvorschriften und der Unmöglichkeitsregeln ab und will in den hier besprochenen Fällen ausschließlich die Vorschriften über die Gewährleistung anwenden. Tritt jedoch durch ein Verschulden des Verkäufers eine Verschlechterung der Kaufsache ein, so billigt Süß dem Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung oder wegen einer anderen schuldhaften Vertragsverletzung, z. B. der Sorgfalts- oder Obhutspflicht, zu[3]).

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß Süß im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht annimmt, daß der Schuldner seine Leistung so zu erfüllen habe, wie sie sich zur Zeit des Gefahrüberganges darstelle, während in der vorliegenden Arbeit der Standpunkt vertreten wird, daß für die Leistungspflicht des Verkäufers einzig und allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend ist: der Verkäufer muß die Kaufsache so liefern, wie sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses darstellte; erleidet also die Sache nach dem Vertragsschluß, aber vor dem Gefahrübergang einen unbehebbaren Fehler oder geht eine zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesene Eigenschaft unwiederbringlich verloren, so liegt nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung vor, und die Vorschriften hierüber sind in diesem Falle anzuwenden.

---

1) RGR. Komm., Bd. II 2, 7. Aufl., 1929, zu § 460, Anm. 1.

2) a.a.O. Seite 227 ff.

3) vgl. Enneccerus a.a.O., I 2, § 335, Anm. 5, der wohl einen Schadensersatzanspruch (§§ 276, 278, 280, 286 BGB.) anerkennt, jedoch die §§ 323 ff. BGB. ausschließen will.

Wenn also nach Süß der Verkäufer auch dann richtig erfüllt, wenn der Fehler in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang entsteht, so ist es klar, daß dem Käufer kein Erfüllungsanspruch zustehen kann.

Mit Unrecht begründet aber Süß seine Ansicht auch damit, daß die Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit „eine stark gekünstelte Konstruktion sei".

Dem ist entgegenzuhalten, daß sich die Leistungspflicht des Schuldners aus den Vorschriften des § 433 BGB. in Verbindung mit § 242 BGB. ergibt: durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Es würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht schon dann genügt hätte, wenn er nur die durch den Kaufabschluß bestimmte Sache liefert, unabhängig davon, ob durch ein Verschulden des Verkäufers die Kaufsache fehlerhaft geworden ist. Mit dem gleichen Recht kann behauptet werden, daß die Konstruktion von Süß stark gekünstelt erscheint, welche, m. E. zu Unrecht, die Leistungspflicht des Schuldners auf ein Minimum beschränkt, daneben aber dem Käufer einen Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gewährt, um so zu einem billigen und dem Geschädigten gerecht werdenden Ergebnis zu kommen.

Zuzugeben ist, daß bei der Durchführung dieser Lehre im Ergebnis Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, die grundsätzlich die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe bejaht, besteht, nämlich, daß man dem Käufer einen ausreichenden Schutz gegenüber schadenstiftenden Handlungen des Verkäufers gewähren muß. Der Weg, den Süß dabei einschlägt, steht aber unzweifelhaft im Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 433, 242 BGB. Aus diesen Vorschriften geht eindeutig hervor, daß die Leistungspflicht die Verpflichtung des Verkäufers, bis zum Gefahrübergang für die Kaufsache zu sorgen, mit umfaßt[1]).

Aus dem Vorhergesagten ist erkennbar, daß zweifellos ein praktisches Bedürfnis vorhanden ist, beide Rechtsbehelfe nebeneinander zu gewähren, natürlich nur insoweit, als durch die Anwendung des allgemeinen Teiles des Rechts der Schuldverhältnisse die Spezialvorschriften des Kaufrechtes nicht illusorisch gemacht werden.

Julius[2]) führt hierzu aus, daß, wenn die Kaufsache o h n e V e r s c h u l d e n d e s V e r k ä u f e r s Schaden erleide, das Gesetz diesem die Möglichkeit verschaffen müsse, von seiner Erfüllungspflicht befreit zu werden (§§ 275, 323 BGB.).

---

[1]) Fischer-Henle a.a.O., zu § 433, Anm. 4, Seite 339; teilweise abweichend R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 111.

[2]) Erlanger Diss. 1907, Seite 34-35.

Diese Begründung allein ist m. E. nicht zwingend; denn in der überwiegenden Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle würden die Gewährschaftsrechte vollkommen ausreichen, ohne daß dadurch dem schuldlosen Verkäufer unbillige Belastungen aufgebürdet werden. Beharrt der Käufer z. B. auf Erfüllung des Kaufvertrages durch die fehlerhaft gewordene Sache, so muß der Verkäufer diese leisten. Behält sich der Käufer in diesem Falle seine Rechte bei der Annahme der fehlerhaften Sache vor, so setzt sich der Verkäufer lediglich der Gefahr aus, mit der Wandelungs- oder Minderungseinrede in Anspruch genommen zu werden.

Handelt es sich dagegen um den von dem Verkäufer nicht verschuldeten Fortfall einer zugesicherten Eigenschaft, so trifft den Verkäufer auch in diesem Falle keine Unbilligkeit; denn dem Käufer steht hier ein Schadensersatzanspruch, der bei Schuldlosigkeit des Verkäufers für diesen eine unbillige Härte bedeuten würde, nicht zu; dieser ist vielmehr nur im Falle des § 463 BGB. gegeben, also nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht nur dann, wenn entweder die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsschlusses fehlte oder ein Fehler arglistig verschwiegen wurde.

Auch die Berufung Oertmanns[1]) auf § 463 BGB. ist nicht zwingend. Die Bedeutung des § 463 BGB. ergibt sich aus der Gegenüberstellung mit dem § 459 Abs. 2 BGB.: Der Sinn des Gesetzes ist, daß der Verkäufer schärfer haften soll, wenn der Kaufsache eine Eigenschaft zugesichert wird, die überhaupt nicht bestanden hat, bezw. wenn zur Zeit des Kaufabschlusses ein Fehler arglistig verschwiegen wurde; § 459 Abs. 2 BGB. setzt dagegen ein, wenn die zugesicherte Eigenschaft zwar während des Vertragsschlusses vorhanden war, diese aber bei dem Gefahrübergang fehlt; § 459 Abs. 2 BGB. kommt auch dann zur Anwendung, wenn den Verkäufer für das Abhandenkommen der zugesicherten Eigenschaften kein Verschulden trifft, während § 463 BGB. immer ein Verschulden des Verkäufers voraussetzt; entweder liegt das Verschulden in dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers, bezw., wie mit der herrschenden Meinung[2]) auf Grund eines Analogieschlusses aus § 463 BGB. angenommen werden muß, in der arglistigen Vorspiegelung irgend einer Eigenschaft; ist aber zur Zeit des Kaufabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden, so sieht meiner Ansicht nach das Gesetz ein Verschulden des Verkäufers darin, daß dieser die Kaufsache nicht gehörig untersucht hat, wozu er auf Grund seiner Zusicherung verpflichtet war.

Aus diesen Erwägungen geht hervor, daß man aus der Beschränkung des § 463 BGB. auf den Zeitpunkt des Kaufabschlus-

---

[1]) a.a.O., zu § 459, Anm. 2d, Seite 586.

[2]) Enneccerus a.a.O. Bd. I 2, § 331 II 3c, Seite 339; RG. Bd. 92, Seite 295; RG.; Bd. 103, Seite 160.

ses nicht folgern kann, daß das Gesetz damit indirekt zum Ausdruck bringen wollte, daß dem Käufer für die Zeit nach dem Kaufabschluß nur die allgemeinen Vorschriften gegeben sein sollen.

Die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe ergibt vielmehr die Tatsache, daß das Gesetz keinen Anhalt dafür gibt, die Gewährleistungsvorschriften als **ausschließliche** Regelung der Ansprüche des geschädigten Käufers anzusehen. Außerdem spricht der Umstand, daß die Gewährleistungsvorschriften auch bei Schuldlosigkeit des Verkäufers zur Anwendung kommen, dafür, daß dem Käufer bei Fehlern, welche durch ein Verschulden des Verkäufers nachträglich entstanden sind, neben den Gewährleistungsrechten die allgemeinen Vorschriften zu gewähren sind.

Schollmeyer[1]) führt hierzu mit Recht an, daß es Fehler gäbe, bezüglich deren eine Gewährleistungspflicht nicht bestehe, sei es, daß sie den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. nicht entsprächen, sei es, daß sie erst nach dem Gefahrübergang entstanden seien.

In solchen Fällen entspricht es nicht nur der Billigkeit, sondern auch dem Sinn des Gesetzes, wenn man dem Käufer neben den Gewährschaftsansprüchen — diese stehen ihm natürlich für Fehler, die **nach** dem Gefahrübergang entstanden sind, nicht zu — die Rechtsbehelfe aus dem allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse gewährt[2]).

Selbstverständlich können die allgemeinen Vorschriften nur insoweit Anwendung finden, als dadurch nicht der Zweck der §§ 459 ff. BGB. vereitelt wird. Eine gleichwertige und willkürliche Anwendung beider Rechtsbehelfe ist insofern abzulehnen und den §§ 459 ff. BGB. als lex spezialis stets der Vorzug zu geben.

§ 9.

Der Ausschluß der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts durch die §§ 459 ff. BGB. als lex spezialis.

Nachdem in den obigen Erörterungen dargelegt worden ist, daß die Anwendung der allgemeinen Vorschriften neben den Gewährleistungsvorschriften nicht zu entbehren ist und daß auch

---

[1]) Iherings Jahrbücher, Bd. 49, Seite 105.

[2]) Oertmann a.a.O., Vorbemerkung zu § 459, 2d, Seite 586; Planck a.a.O., zu § 462, Ziff. 7c, Seite 707; Schollmeyer a.a.O., Seite 105; Fr. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß 1910, Seite 51; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 113.

das Gesetz keinen Anhalt dafür gibt, die Gewährleistungsvorschriften als ausschließliche Regelung der Ansprüche des geschädigten Käufers anzusehen, ist in folgendem zu prüfen, inwieweit die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse durch die Gewährleistungsvorschriften als lex spezialis ausgeschlossen werden[1]).

Es ist noch einmal zusammenfassend festzustellen, daß nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt[2]) und die Vorschriften hierüber anzuwenden sind, wenn die Kaufsache in der Zeit zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang einen unbehebbaren Mangel erleidet oder eine zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesene Eigenschaft unwiederbringlich verliert; denn es kann keinen Unterschied machen, ob die Leistung überhaupt oder nur hinsichtlich ihrer Beschaffenheit unmöglich ist[3]).

Fraglich ist jedoch, ob in diesen Fällen teilweise oder gänzliche Unmöglichkeit vorliegt.

Oertmann[4]) erklärt, daß Leistungsmangel entweder vollständige oder überhaupt keine Leistungsmöglichkeit bedeutet; denn es handele sich nicht um teilweise Unmöglichkeit, wenn der Schuldner die vertragsmäßige Leistung nur in einem qualitativ minderen Zustand zu liefern imstande sei; Unmöglichkeit liege vielmehr nur dann vor, wenn die Leistung nach der Anschauung des Verkehrs oder nach dem besonderen Vertragszweck überhaupt nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden könne.

Gegen diese Lehre ist einzuwenden, daß, wenn teilweise Unmöglichkeit vorliegt, falls der Schuldner nicht die ganze Leistung erfüllen kann, folgerichtig auch dann teilweise Unmöglichkeit angenommen werden muß, wenn zwar die ganze Leistung, aber nur im mangelhaften Zustand geliefert werden kann[5]).

Die Leistung ist also teilweise unmöglich, wenn sie zwar an sich noch möglich ist, aber nur in verschlechterter Qualität. Völlige Unmöglichkeit liegt dagegen dann vor, wenn die Verschlechterung derartig ist, daß die Leistung im Verkehr nicht mehr als die geschuldete angesehen werden kann[6]).

I. Stellen sich bei einer Speziessache (nur von dieser sei im vorliegenden Abschnitt die Rede) Mängel ein, die weder der Käufer noch der Verkäufer verschuldet haben, so wird § 323 Abs. 1 BGB. durch die als lex spezialis geltenden Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. ausgeschlossen.

1) E. Jung a.a.O., § 169. Seite 825.
2) ders. a.a.O., § 191, Seite 875.
3) R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz. Seite 111.
4) a.a.O. II 1, 5. Aufl., 1928, zu § 323, 7a, Seite 275.
5) so auch Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 59, Seite 104 ff.; Kisch, Unmöglichkeit, Seite 193 ff.; Enneccerus a.a.O. I 2, § 270, Anm. 6.
6) Enneccerus a.a.O., § 270 III, Anmerkung 6.

Die Bejahung der Konkurrenz beider Rechtsbehelfe würde zu folgendem widersinnigen Ergebnis führen:

Eine Haftung des Verkäufers nach Gewährleistungsrecht findet nicht statt, wenn es sich um Fehler handelt, die den Wert oder die Brauchbarkeit der Sache nur unerheblich mindern. Da § 323 BGB. eine derartige Beschränkung nicht kennt, vielmehr auch bei geringfügiger Minderung einsetzt, wäre die Folge, daß bei unerheblichen Fehlern ipso iure-Minderung des Kaufpreises eintreten würde, während bei erheblichen Fehlern nur ein verjährbarer Anspruch auf Preisminderung gegeben ist[1]). In den hier in Betracht kommenden Fällen wird man vielmehr mit Schollmeyer a.a.O. annehmen müssen, daß der Wille des Gesetzgebers dahin auszulegen ist, daß der Käufer bei nachträglich eingetretenen unerheblichen Fehlern, die von keiner der Vertragsparteien zu vertreten sind, den ganzen Kaufpreis zahlen soll.

Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob dem Käufer der im § 323 Abs. 2 BGB. erwähnte Anspruch zusteht.

§ 323 Abs. 2 BGB. verpflichtet denjenigen zur Gegenleistung, der nach § 281 BGB. Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangt.

Oertmann[2]) versagt auch in diesem Falle dem Käufer einen Anspruch auf das stellvertretende commodum mit der Begründung, daß dieses dem Käufer nur bei der Anwendung des § 323 Abs. 1 BGB. zustehe; halte man aber den Absatz 1 für unanwendbar, so müsse man bei Absatz 2 das gleiche tun.

Diese Ansicht ist insoweit richtig, als es sich um die Anwendung des § 323 Abs. 2 BGB. selbst handelt. Nach § 323 Abs. 2 BGB. mindert sich die Gegenleistung des Käufers nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruches hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt. Bei der Anwendung des § 323 Abs. 2 BGB. käme man also zu dem widerspruchsvollen Ergebnis, daß dem Käufer, wenn er einen Anspruch aus § 281 BGB. erhalten hat, ein Recht auf Minderung seiner Gegenleistung zusteht, während ihm, wie oben dargelegt wurde, dieses Minderungsrecht für den Fall, daß er sich auf § 323 Ab. 1 BGB. beruft, nicht zugebilligt wird[3]).

Damit ist aber andererseits nicht gesagt, daß § 281 BGB. unanwendbar ist. Die Gründe, welche zur Ablehnung der Anwendbarkeit des § 323 BGB. führten, treffen hier nicht zu; vielmehr spricht in diesem Fall nichts dagegen, dem Käufer für den

---

[1]) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, Seite 106; Oertmann a.a.O., Vorbemerkung zu § 459, Anm. 2d, S. 587; Kisch, Unmöglichkeit, S. 194.

[2]) a.a.O., Vorbem. zu § 459. Anmerkung 2d, Seite 587.

[3]) R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 128.

Nachteil, welchen er dadurch erleidet, daß er für die zufällig eingetretenen unerheblichen Fehler einzustehen hat, den Anspruch auf das stellvertretende commodum zu gewähren; denn dieses Recht auf Herausgabe desselben ist nicht Ersatz der dem Käufer versagten ipso iure-Minderung, sondern besteht unabhängig von derselben[1]).

Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB. bedeutet kein Hindernis für diese Annahme. Der Grund dieser kurzen Verjährungsfrist ist, zu verhindern, daß im Kaufverkehr bei Mängeln der Kaufsache Ansprüche noch nach längerer Zeit geltend gemacht werden können. Dieser Grund trifft bei der Anwendung des § 281 BGB. nicht zu. Hat der Verkäufer einen Ersatzanspruch erlangt, dann entspricht es nur der Billigkeit, wenn man dem geschädigten Käufer den Anspruch aus § 281 BGB. gewährt

II. Entstand der Mangel zwischen Kaufabschluß und Leistung durch ein Verschulden des Käufers, so stehen dem Verkäufer die im § 324 BGB. erwähnten Rechte ausschließlich zu; er kann also die volle Gegenleistung gegen Lieferung der vom Käufer verschlechterten Ware verlangen, gleichgültig, ob die Fehler den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entsprechen und die Eigenschaften zugesichert waren oder nicht.

Würde man dagegen die §§ 459 ff. BGB. auf diesen Sonderfall anwenden, so hätte man das allen Billigkeits- und Rechtsgrundsätzen hohnsprechende Ergebnis, daß der Verkäufer in gleicher Weise für den Mangel haften müßte, den er selbst verschuldet hat, wie für den Mangel, der durch Verschulden der Gegenpartei oder durch einen Umstand, der von keiner Partei zu vertreten ist, entstanden ist[2]).

Hieraus erhellt, daß die Anwendung der §§ 459 ff. BGB. im Widerspruch zu der im § 254 BGB. geregelten Schadensverteilung stehen würde.

Auch in diesem Falle ist dem Käufer der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodum nach § 281 BGB. zu gewähren.

III. Ist der Mangel dagegen durch ein Verschulden des Verkäufers entstanden, so gewähren die §§ 459 ff. BGB. allein dem Käufer keinen genügenden Schutz.

Die Gewährleistungsrechte stehen dem Käufer schon bei Schuldlosigkeit des Verkäufers zu. Trifft den Verkäufer aber ein Verschulden, so muß man dem geschädigten Gläubiger das weitergehende Recht eines Schadensersatzanspruches, welches ihm die §§ 276 ff., 325 BGB. gewähren, zubilligen.

Hier kann der Käufer beide Rechtsbehelfe nebeneinander geltend machen und zwar wahlweise den Anspruch, der ihm am

---

1) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, Seite 106.

2) Oertmann a.a.O., II 2, Vorbem. zu § 459, Anm. 2d ßß; Schollmeyer, Iherings Jahrbücher, Bd. 49, S. 106; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 129.

günstigsten erscheint[1]). Daneben steht ihm selbstverständlich auch hier der Anspruch auf das stellvertretende commodum zu.

IV. Fraglich ist jedoch, wie sich das Rücktrittsrecht des § 325 zu dem Wandelungsanspruch verhält.

Kisch[2]) billigt dem Käufer sowohl den Wandlungsanspruch als auch das Rücktrittsrecht aus § 325 BGB. zu, allerdings mit der Einschränkung, daß auf das Rücktrittsrecht die Wandlungsgrundsätze anzuwenden seien. Der Käufer kann sich nach Kisch also auf die Voraussetzungen des § 459 BGB. und des § 325 BGB. berufen; lediglich bei der Realisierung seines Anspruches ist er nach diesem Schriftsteller durch die Bestimmungen über die Wandlung beschränkt.

Billigt man aber dem Käufer das Recht zu, sich auf die Voraussetzungen beider Rechtsbehelfe zu berufen, so ist m. E. nicht einzusehen, warum man ihm beide Rechte nicht unbeschränkt gewähren will.

Es gibt natürlich Fälle, in denen entweder nur Rücktritt oder nur Wandlung gegeben ist. Liegen jedoch die Voraussetzungen für jedes der beiden Rechte vor, so ist kein Grund vorhanden, der die von Kisch geforderte Beschränkung rechtfertigen könnte. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht abzulehnen, welche dem Käufer lediglich das Wandelungsrecht zubilligt, auch wenn die Voraussetzung für beide Rechtsbehelfe vorliegt[3]).

Es ist selbstverständlich hierbei zu beachten, daß der Käufer das Wandlungsrecht verliert, sobald der Rücktritt erklärt ist; denn mit der Rücktrittserklärung ist der Vertrag aufgehoben, so daß für eine Wandelung kein Raum mehr ist. Das Rücktrittsrecht wird dagegen erst dann verloren, wenn die Wandelung v o l l z o g e n ist.

V. Die Gewährleistungsansprüche verjähren in den kurzen Fristen des § 477 BGB.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die kurzen Verjährungsfristen des § 477 BGB. auf die Ansprüche des § 325 BGB. auszudehnen sind.

Die wohl herrschende Ansicht[4, 5]) wendet die kurzen Verjährungsfristen des § 477 BGB. auch auf die Ansprüche aus § 325

---

[1]) Oertmann a.a.O., Bd. II 2, Vorbem. zu § 459 d; Schollmeyer, Iherings Jahrbücher, Bd. 49, S. 107; Fr. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, Seite 51 ff.

[2]) Kisch, Unmöglichkeit, Seite 194.

[3]) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, S. 111; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 135; Oertmann a.a.O., Bd. II 2, S. 586, 2d.

[4]) RG. Bd. 53, S. 203; RG. Bd. 56, S. 169; RG. Bd. 93, S. 161; RG. Bd. 117, S. 315; Warneyer a.a.O. zu § 477 I, S. 894; Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 335, I 2, S. 351; Fr. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 67 ff.

[5]) Schollmeyer a.a.O., S. 109, unterscheidet bei dieser Frage zwischen Fehlern, die den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entsprechen und Fehlern, welche die Voraussetzungen der §§ 459 ff. BGB. nicht erfüllen, und wendet nur im ersten Fall die Verjährungsfristen des § 477 BGB. an.

BGB. an, weil der Grund, daß das für den Verkehr äußerst störende Zurückgreifen auf Sachmängel nach längerer Zeit vermieden werden solle, auch für den Fall zutreffe, wenn es sich um einen Anspruch handele, der auf ein Verschulden des Verkäufers gestützt werde.

Diese Ansicht ist in der Literatur nicht unbestritten[1]) und m. E. abzulehnen.

Beide Ansprüche, der Gewährleistungsanspruch und die Ansprüche aus § 325 BGB., haben ganz verschiedene Tatbestände; diese setzen ein Verschulden voraus, während der Verkäufer beim Gewährschaftsanspruch ohne jedes Verschulden für etwaige Fehler einzustehen hat; auf Schadensersatz haftet der Verkäufer nur bei Verschulden oder wenn er seine Schuldlosigkeit nicht nachweisen kann[2]) (§ 282 BGB.).

Steht dem Käufer aber ein Schadensersatzanspruch zu, so entspricht es der Gerechtigkeit, wenn der Verkäufer auf Grund seines Verschuldens länger in Anspruch genommen werden kann; denn dieser Schadensersatzanspruch hat seinen Rechtsgrund nicht in den gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistungspflicht, sondern vielmehr in den allgemeinen Rechtssätzen des Vertragsrechtes und ist daher lediglich nach den Bestimmungen des Vertragsrechtes zu beurteilen.

Der Umstand, daß die kurze Verjährungsfrist auch bei dem Anspruch aus Zusicherung (§ 463 BGB.) eingreift, kann zu keiner anderen Auffassung zwingen, denn die Zusicherung kann keinesfalls mit Verschulden gleichgesetzt werden; hier legt das Gesetz dem Verkäufer eine Schadensersatzpflicht auf, weil sein Verhalten zu tadeln ist; dort haftet der Verkäufer nur, weil er eine Eigenschaft zusicherte, die, wie es sich später herausstellt, der Kaufsache fehlt.

R. Schmidt[3]) führt meiner Ansicht nach zu diesem Punkt mit Recht aus, daß das Gesetz dem Verkäufer die Schadensersatzpflicht nicht auflege, weil er etwas getan habe, was zu mißbilligen sei, sondern weil er es übernommen habe, eine Gefahr zu tragen, die an sich den Käufer belaste.

Diese Unterscheidung ergibt m. E. die Rechtfertigung der verschiedenen Verjährungsfristen bei der Zusicherung und beim Verschulden des Verkäufers.

Außerdem ist hierbei zu berücksichtigen, daß auch das Kaufrecht bei Verschulden des Verkäufers, z. B. bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers bezw., wie auf Grund eines Analogie-

---

1) Planck a.a.O., Bd. II 2, 1928, 4. Aufl., zu § 477, S. 729 und § 462, 7b u. c, S. 707; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 132 ff.; Oertmann, a.a.O., Bd. II 2, Vorbem. zu § 459, 2d, S. 586; A. S. Schultze in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 30, S. 143 ff.; Krückmann in Arch. f. zivil. Prax., Bd. 101, S. 231.

2) R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 133.

3) a.a.O. Seite 134.

schlusses aus § 463 BGB. angenommen werden muß, bei betrüglicher Vorspiegelung über das Nichtvorhandensein von Mängeln oder das Vorhandensein von Eigenschaften, die regelmäßige Verjährung der sich hieraus ergebenden Ansprüche anwendet (§§ 477, 195 BGB.)[1].

Ein durchaus beachtlicher Einwand gegen die hier entwickelte Auffassung ist der von Leonhard[2] hervorgehobene Analogieschluß aus § 638 BGB.

§ 638 BGB. unterstellt beim Werkvertrag den Schadensersatzanspruch des Werkbestellers wegen verschuldeter mangelhafter Erfüllung seitens des Werkunternehmers einer kürzeren als der ordentlichen Verjährung.

Demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß es sich hier um eine Ausnahmevorschrift des Werkvertragsrechtes handelt, dem ein ganz anderer Tatbestand zugrundegelegt ist. Darüber hinaus ist der Werkbesteller noch dadurch gesichert, daß er gemäß der §§ 633, 634 BGB. das Recht hat, entweder die Beseitigung der Mängel nach Fristsetzung zu verlangen oder den Mangel selbst zu beseitigen und die Kosten für die erforderlichen Aufwendungen einzufordern. Auch ist zu berücksichtigen, daß beim Werkvertrag die Verjährungsvorschriften in ganz anderer Weise geregelt sind als im § 477 BGB.[3]

Enneccerus[4] macht insofern eine Ausnahme, als er nur bei etwaigem Vorsatz des Verkäufers die 30jährige Verjährungsfrist Platz greifen läßt, „da auch für die Gewährleistungsansprüche bei Arglist des Verkäufers eine Ausnahme gelte".

Was aber für den Fall des Vorsatzes gilt, muß auch m. E. für sonstiges Verschulden angenommen werden[5].

Gegen die Ansicht von Enneccerus führt Krückmann[6] mit Recht an, daß grobe Fahrlässigkeit der Arglist gleichzustellen sei, und daß dies auch für die leichte Fahrlässigkeit gelten müsse, weil es immerhin noch bedenklicher sei, sie der gänzlichen Schuldlosigkeit gleichzustellen.

Aus den gleichen Gründen ist die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auf das Rücktritts- bezw. Minderungsrecht des Käufers aus § 325 BGB. abzulehnen; denn auch in diesem Falle ist ein Verschulden des Verkäufers Voraussetzung für die Gewährung dieser Ansprüche, so daß auch hier eine längere Verjährungsfrist gerechtfertigt ist.

VI. Die analoge Anwendung des § 464 BGB. ist jedoch in allen Fällen geboten.

Es läßt sich hier nicht darauf hinweisen, daß diese Vorschrift deshalb unanwendbar sei, weil den Verkäufer ein Ver-

1) Enneccerus a.a.O., I 2, § 331 II 3c; RG., Bd. 103, Seite 160.
2) a.a.O., Seite 67 ff.; RG. Bd. 53, Seite 204.
3) Schultze im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 30, Seite 159.
4) a.a.O., Bd. I 2, § 335 I 2, Seite 352.
5) Schmidt a.a., Seite 134.
6) Arch. für die zivil. Praxis, Bd. 101, Seite 231, Note 145.

schulden treffe; denn nach den Gewährleistungsvorschriften erlischt der Anspruch des Käufers gemäß § 464 BGB. selbst dann, wenn auf Seiten des Verkäufers die denkbar schwerste Form des Verschuldens, nämlich Arglist, vorliegt, denn im § 464 BGB. ist von Ansprüchen aus § 463 BGB. ohne Einschränkung die Rede[1]).

VII. Beim **Gattungsverkauf** sind die gleichen Grundsätze anzuwenden, nur mit dem Unterschied, daß der maßgebende Zeitpunkt nicht der Vertragsschluß, sondern die Konkretisierung ist, denn erst in diesem Augenblick ist eine bestimmte Sache Gegenstand des Vertrages[2]).

VIII. Erleidet die Kaufsache einen behebbaren Mangel oder ist die zur Zeit des Kaufvertrages vorhanden gewesene Eigenschaft nicht unwiederbringlich verloren gegangen, so liegt nur eine vorübergehende Unmöglichkeit vor, deren Regelung die §§ 323 ff. BGB. nicht umfassen.

Hat in diesem Falle keine der Vertragsparteien den Mangel (heilbaren) zu vertreten, so stehen dem Käufer die Gewährsansprüche zu, wenn der Mangel den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entspricht; andernfalls muß der Käufer den vollen Kaufpreis entrichten und die verschlechterte Sache annehmen.

Hat der Käufer den Eintritt der Fehler oder den Fortfall der Eigenschaften zu vertreten, so hat er den vollen Kaufpreis gegen Lieferung der verschlechterten Sache zu zahlen.

Ist der heilbare Mangel zwischen Kaufabschluß und Leistung durch ein Verschulden des Verkäufers entstanden, so ist der Verkäufer hierfür gemäß § 276 BGB. verantwortlich. Verweigert der Käufer die Annahme, so kommt er nicht in Annahmeverzug, da ihm die Leistung nicht so, wie sie zu bewirken war, angeboten wurde (§ 294 BGB.).

Dem Verkäufer obliegt dagegen die Pflicht, den Mangel zu beseitigen. Beseitigt er den Mangel nicht, so kommt er in Leistungsverzug, und zwar entsprechend der im Abschnitt IV, § 9 angenommenen teilweisen Unmöglichkeit in Partialverzug[3]).

Der Verkäufer hat auf Verlangen des Käufers die mangelhafte Sache zu leisten. Nimmt der Käufer die mangelhafte Sache an, obwohl er weiß, daß sie fehlerhaft ist, so muß er sich in analoger Anwendung des § 464 BGB. seine Rechte vorbehalten.

Es stehen dem Käufer demgemäß die Rechte aus den §§ 286 (Nachbesserungs- und Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung), 320 (Einrede des nichterfüllten Vertrages)

---

1) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, S. 108; R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite 135; Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 335 I 2.
2) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, Seite 113.
3) Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49, Seite 115.

und 326 BGB. (Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt), und, wenn der Mangel den Erfordernissen der §§ 459 ff. BGB. entspricht, die Gewährschaftsansprüche zu.

Bei Gattungskäufen ist der maßgebende Zeitpunkt die Konkretisierung.

Da sich bei dem Gattungskauf die Konkretisierung erst mit dem erfolgten Angebot vollendet (§ 243 Abs. 2 BGB.) und auch in diesem Zeitpunkt der Gefahrübergang eintritt, so wird regelmäßig bei Gattungskäufen die Konkurrenz beider Rechtsbehelfe ausgeschlossen sein, da für Fehler, die nach dem Gefahrübergang entstehen, die §§ 459 ff. BGB. keine Anwendung finden.

Fallen jedoch die Konkretisierung und der Gefahrenübergang nicht zusammen, wie z. B. im Falle des § 296 BGB., dann konkurrieren die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse mit den §§ 459 ff. BGB. beim Gattungs- wie beim Spezieskauf in gleicher Weise.

§ 10.

Nach dem Gefahrübergang entstandene Mängel.

Wegen der nach dem Gefahrenübergang entstandenen Mängel sind die Vorschriften über die Gewährleistung ausgeschlossen.

Es ist jedoch zu untersuchen, ob § 325 dann anzuwenden ist, wenn der Mangel auf eine vom Verkäufer zu vertretene Weise herbeigeführt worden ist.

Selbstverständlich ist der Rechtsbehelf des § 325 BGB. dann zu versagen, wenn der Verkäufer alle Verpflichtungen dem Käufer gegenüber erfüllt hat, wenn sich also die Vertragsparteien nicht mehr als Käufer und Verkäufer gegenüberstehen; in derartigen Fällen kann dem Käufer nur mit den Vorschriften aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.) geholfen werden.

In den Fällen aber, wo der Verkäufer dem Käufer noch nicht alles verschafft hat, was er nach § 433 BGB. verschaffen mußte, steht der Anwendung des § 325 BGB., bezw. bei Ansprüchen gegen den Transporteur oder einen dritten Schädiger, des § 281 BGB. nichts entgegen. Diese Gesetzesstelle ist gar nicht zu entbehren, wenn man an die Tatbestände der §§ 446 Abs. 2 und 447 BGB. denkt, wenn also der Verkäufer die Kaufsache auf dem Transport, bezw. das aufgelassene, aber noch nicht übergebene Grundstück schuldhaft beschädigt[1]).

[1]) Oertmann a.a.O., 1929, Bd. II 2, Vorbem. zu § 459, Anm. 2e, Seite 887; Windscheid-Kipp, 9. Aufl., Lehrbuch d. Pandektenrechts II, § 394 I 2e, S. 701; Crome, System II, § 220, Anm. 33, S. 448; Kisch, Unmöglichkeit, S. 195.

Der Rechtsgrund für diese Haftung liegt darin begründet, daß die Vertragstreue von dem Verkäufer fordert, die Kaufsache gut zu behüten und sie vor Gefahren zu schützen.

§ 11.

Konkurrenz sonstiger Rechtsbehelfe mit den Vorschriften des Kaufrechts.

Neben den in dieser Arbeit besprochenen Rechtsbehelfen stehen dem Käufer gegebenenfalls auch die Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB.) und culpa in contrahendo zur Seite; denn diese Ansprüche bestehen unabhängig von etwaigen vertraglichen Rechtsbehelfen und werden daher auch in keiner Weise durch Bestimmungen des Vertragsrechtes modifiziert[1]).

Außerdem kann der Käufer neben den bisher besprochenen Rechtsbehelfen Ansprüche aus der positiven Vertragsverletzung geltend machen.

---

[1]) Süß a.a.O., Seite 248; Enneccerus a.a.O., Bd. I 2, § 335 II.

Lebenslauf.

Am 16. Mai 1905 bin ich in Dannenberg a. d. Elbe als Sohn des jetzigen Oberturnlehrers Ernst Beneke und seiner Ehefrau Mathilde geb. Lauckert geboren. Im Herbst 1925 bestand ich auf dem Grunewald-Reformgymnasium zu Berlin-Grunewald die Reifeprüfung. Ich studierte dann auf den Universitäten Berlin und Marburg Rechts- und Staatswissenschaften. Am 28. Februar 1931 bestand ich vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Auf Grund der vorliegenden Arbeit wurde ich zur rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorprüfung zugelassen, die ich am 16. Februar 1933 bestand.

Zur Zeit bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Berlin-Neukölln, im Juni 1933.

Bodo Beneke.